Die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund und ihre Grenzen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Alfred Waldenmair
aus München.

Approbiert am 20. Dezember 1935.

München
Buchdruckerei Hohenhaus, Landwehrstraße 29 (Ecke Schillerstraße)
1936

Die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund und ihre Grenzen.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Alfred Waldenmair
aus München.

Approbiert am 20. Dezember 1935.

München
Buchdruckerei Hohenhaus, Landwehrstraße 29 (Ecke Schillerstraße)
1936

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler.

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit!

Inhatsübersicht.

I. Hauptteil:

Die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund.

II. Hauptteil.

Die Grenzen der Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund.

III. Anhang;

I. Hauptteil.

Die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund.

§ 1.

Einleitung.

1. Das Problem des „übergesetzlichen" Notstandes.

Der Gesetzgeber hat de lege lata in den von ihm geschaffenen Vorschriften der §§ 228/904 BGB und 52/53/54 StGB die Fälle anerkannt, in denen er einem Menschen, der um einem anderen aus einer Notlage zn helfen, eine gesetzliche Verbotsnorm verletzt, gegebenenfalls einen Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgrund zugute kommen läßt.

Nun ist aber das „positive Recht" als Inbegriff der in Gesetz und Gewohnheitsrecht formuliert gegebenen Rechtssätze, soweit es sich um strafrechtlich notwendige Rechtfertigungsgründe handelt, lückenhaft. Daraus ergibt sich aber andererseits die Notwendigkeit, über das Gesetz als seine Hauptform hinauszugehen, um eben die Lückenhaftigkeit des positiven Rechts auszufüllen. Die auf diese Weise gefundenen Entscheidungssätze sind dann „übergesetzlicher" Art.[1])

Die Lückenhaftigkeit des positiven Rechts gilt aber auch für die Schuldausschließungsgründe. Es kann zwar sein, daß das Verhalten des Täters im Kampf gegen die Not nicht gerechtfertigt werden konnte, daß aber eine Bestrafung unbillig erscheinen müßte, wenn die Rechtsverletzung unter dem Eindruck einer ganz besonderen Gefahr von jedem anderen begangen worden wäre, wenn wir von niemandem den seelischen Heroismus erwartet hätten, der notwendig gewesen wäre, um das

---

[1]) Das RGSt 61/242, 62/35 (46) hat den „übergesetzlichen Notstand" als Rechtfertigungsgrund klar zum Ausdruck gebracht.

drohende Übel hinzunehmen und im Bereiche rechtmäßigen Verhaltens zu bleiben. Da nun das positive Recht im oben genannten Sinn den Satz nicht kennt, daß der Täter dann entschuldigt sei, wenn sich in seiner Lage niemand anders verhalten hätte wie er, so führt uns diese Überlegung zum Notstand als Schuldausschließungsgrund bei rechtswidrigem Handeln, aber als „übergesetzlichen" Schuldausschließungsgrund.[2])

Vorliegende Abhandlung will sich nun mit dem Problem der Nichtzumutbarkeit als „übergesetzlichen" Schuldausschließungsgrund befassen. Daß sich dieses Problem einer gewissen Aktualität erfreuen kann, beweist an sich schon die Tatsache, daß man sich nicht zufrieden gegeben hat, den Streit um die Nichtzumutbarkeit -- sei es nun in ihrer Anerkennung, sei es auch in ihrer Ablehnung als übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund — als entschieden zu betrachten. Umsomehr muß es unsere Aufgabe sein, die Gründe, die für und gegen die Anerkennung geltend gemacht werden, in jeder Hinsicht zu beleuchten. Denn nur auf diese Weise ist es uns möglich, uns in der „Verworrenheit" unserer heutigen Notstandslehre[3]), insbesondere der neuerdings so aktuellen Nichtzumutbarkeitslehre zurechtzufinden und einen klaren Standpunkt vertreten zu können. Wenn sich auch das Reichsgericht[4]) in der Entscheidung in Bd. 66/397 sehr ablehnend ausgesprochen hat, so ist es doch nicht so, wie Maurach meint[5]), daß damit de lege lata der Lehre von der Nichtzumutbarkeit der „Todessturz" versetzt worden sei und daß damit eine Stellungnahme zur Nichtzumutbarkeit praktische Aktualität nicht mehr beanspruchen könne, denn schon in Bd. 67/310(15) hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung wieder zustimmend verhalten.

Im Zuge der erhofften und notwendigen Strafrechtsreform

---

[2]) vgl. Eb. Schmidt, Der übergesetzliche Notstand S. 134.

[3]) v. Hippel, Bd. II S. 236, Goldschmidt, Notstand S. 2 u. a.

[4]) Auf Rechtsprechung und Nichtzumutbarkeit werden wir noch eingehend zu sprechen kommen.

[5]) Kritik der Notstandslehre S. 119.

ist es nun auch angebracht, das Problem der Nichtzumutbarkeit auch de lege ferenda einer Würdigung zu unterziehen.

2. Systematik der Notstandslehre.

Unsere Aufgabe besteht nun zunächst darin, die Nichtzumutbarkeit in den Systemzusammenhang der Notstandslehre einzugliedern. Da es sich aber um ein spezielles Teilgebiet des Notstandes handelt, so kann dem großen Streitproblem nach der rechtlichen Natur des Notstandes auch nur das Notwendigste zuteil werden.

Bestritten ist, ob den einzelnen Notstandslagen, die vom Gesetzgeber für straffrei erklärt wurden, Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe zuzusprechen sind.

Da die äußere Notstandslage sich stets dartut als „Zustand erheblicher gegenwärtiger Gefahr für ein rechtlich geschütztes Interesse, zu dessen Rettung ein Eingriff in ein rechtlich geschütztes Interesse eines anderen erforderlich ist",[6]) so ist stets eine Interessenspanne gegeben. Weiterhin „schiebt sich aber zwischen die äußere Notstandslage und die Handlung ein bestimmter Vorgang in der Seele des Notstandstäters".[7]) Wir wollen mit Siegert diesen Vorgang als „Motivationslage" bezeichnen. Nun ist es so, daß alle Notstandsfälle „zwischen dem einen Pol, an dem die Interessenspannung völlig in den Hintergrund tritt, eine innere Motivation womöglich gar nicht stattfindet und dem Gegenpol, der überragenden Bedeutung der Motivationslagen" hin und her pendeln.[8]) Wir müssen nun diese beiden Momente der Interessenspannung und der Motivationslage bei der Beurteilung der Notstandslage verschieden berücksichtigen. „Interessenspannung erfordert eine Prüfung der Rechtswidrigkeit, die Motivationslage eine Untersuchung der Schuld".[9])

---

[6]) Siegert 8.
[7]) Siegert 9.
[8]) Siegert 10.
[9]) Siegert 11.

Dies ist grundlegend für die „Differenzierungstheorie", die wir heute als die herrschende ansehen können. Sie vertritt die Auffassung, daß alle Notstandslagen nicht einheitlich darzustellen seien, sondern, daß der Notstand aufgefaßt werden muß, teils als Rechtfertigungs-, teils als Schuldausschließungsgrund.[10])

Demgegenüber will die „Einheitstheorie" die Notstandslage entweder nur als Rechtfertigungsgrund[11]) oder als Schuldausschließungsgrund einheitlich darstellen.[12])

Wie der Stand der Lehre beweist, kann die Notstandslage aber unmöglich „einheitlich" behandelt werden.[13])

3. Übergesetzliche Rechtfertigung — übergesetzlicher Schuldausschluß in besonderer Darstellung.

Am ehesten werden wir einen Ausgangspunkt für die Erkenntnis und Beurteilung der Zumutbarkeitsfrage dadurch gewinnen, daß wir sie vor allem in Parallele stellen zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit.[14]) Der Gesetzgeber hat zunächst Deliktstatbestände aufgestellt, an deren Erfüllung er Strafandrohungen knüpft, die in der Regel ein rechtliches Un-

---

[10]) Vertreten wird diese Theorie vornehmlich von: Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 123, 125, 127. Recht und Irrtum S. 12/13 u. ZStW 51, S. 616; Frank: das StGB 156 157 u. 167; Goldschmidt, Notstand S. 6 61; Grünhut ZStW 51 S. 457; Hegler in ZStW 36 S. 214; v. Lißt-Schmidt 25. Auflage S. 192 ff; 26. Aufl. S. 201 ff; Mezger, Strafrecht S. 231/32 u. 369/70 (früher anderer Ansicht vgl. Ger. Saal 89/311 ff; Eb. Schmidt ZStW. 49, 350 u. in JKV Mitteilungen S. 137 ff; Wachinger für Frank in Festgabe S. 483 u. JKV Mitt. S. 117 ff; Erich Wolf in JW 1931 S. 921; RGSt 61/242 ff; 62 137 ff; 63/215 ff (223/25); 64/30 ff.

[11]) v. Hippel, Deutsches Strafrecht Bd. 2 S. 231 ff, Allfeld S. 131, Gerland S. 115, 116.

[12]) M. E. Mayer, Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts S. 303 Anm. 7, S. 303 ff.

[13]) Vgl. Henkel, die Rechtsnatur des Notstandes S. 59 ff.

[14]) Vgl. dazu Schaffstein. Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund S. 1.

werturteil über menschliches Verhalten darstellen. Es würde der Technik eines modernen Strafrechts nicht entsprechen, wenn lediglich Tatbestände geschaffen sind, die jenes rechtliche Unwerturteil aussprechen, sobald der Täter ein geschütztes Gut verletzt. Es müssen auch Tatbestände geschaffen werden, „bei deren Erfüllung ausnahmsweise trotz Erfüllung eines Strafdrohungstatbestandes das rechtliche Unwerturteil nicht zutrifft".[15])

Dieser „formal-logisch-positivistischen Rechtsauffassung" tritt nun die „teleologische Methodenlehre" gegenüber. Darnach ist Rechtswidrigkeit Rechtszweckwidrigkeit. Es ist richtig, wenn Schaffstein sagt, daß sich nur in einem idealen Gesetz formale Rechtswidrigkeit, die sich erschöpft in der Erfüllung der positiven und negativen Tatbestandsmerkmale und Rechtszweckwidrigkeit völlig decken können. „Wenn nun schon jedes reale Gesetz als solches auf diese Vollkommenheit verzichten muß, so muß die Spannung zwischen materieller Rechtszweckwidrigkeit und formeller „gesetzlicher" Rechtswidrigkeit, die identisch ist mit der Spannung zwischen dem rechtlichen Unwerturteil selbst und seiner Typisierung, zwischen der Rechtsidee und der positiven Rechtserscheinung, um so deutlicher werden, wenn man sie an einem Gesetz mißt, das nicht nur zweifellos technisch veraltet, sondern nach Ansicht Vieler auch in seiner weltanschaulichen Grundhaltung und damit in seiner Zwecksetzung überholt ist".[16])

Nach der teleologischen Rechtsauffassung kann nun aber kein Unwerturteil vorliegen, wenn das, was der Täter getan hat, keineswegs dem Zweck der Rechtsordnung widerspricht, obwohl er vielleicht die positiven Tatbestandsmerkmale erfüllt hat und obwohl negative Tatbestandsmerkmale nicht vorliegen.

Wenn man nun auch dem unvertypten Unwerturteil eine Bedeutung für die richterliche Feststellung der Rechtswidrigkeit im konkreten Einzelfall zuerkennen will, so müssen wir aber auch diesen unvertypten Restbestand nach Möglichkeit zu Tat-

---

[15]) Schaffstein S. 2
[16]) Schaffstein S. 2

beständen vertypen. Grünhut[17]) und Dahm[18]) weisen nun besonders darauf hin, daß die außergesetzliche Vertypung der Werturteile durch die Rechtssprechung und wir wollen ergänzen durch die Wissenschaft vorzunehmen ist, wobei diese Vertypungsversuche nur die Bedeutung von Richtlinien beanspruchen.

Dem Unterschied, zwischen der formellen Rechtswidrigkeit und der gesetzlich nicht vertypten materiellen Rechtswidrigkeit kommt auch in der Systematik der Schuld besondere Bedeutung zu.[19])

Zwar kommt man zu diesem Schluß erst mit der Anerkennung der normativen Natur der Schuld. „Die Schuld als Vorwerfbarkeit der Motivation des Täters ist in allem das Gegenstück zur Rechtswidrigkeit seines äußeren Verhaltens."[20])

Wir können demnach feststellen, daß auch das Unwerturteil über die Motivation des Täters in einem vom Gesetz zu Tatbeständen vertypten und in einem unvertypten Teil zerfällt. Dabei erfolgt nun die Vertypung in doppelter Form genau so wie bei dem Urteil über das äußere Verhalten. Der „formellen Schuld oder „subjektiven Tatbestandsmäßigkeit" tritt die gesetzlich unvertypte Schuld als materielle Schuld im engeren Sinn gegenüber".[21]

Wir müssen uns nun die Frage vorlegen, ob wir in dem gesetzlich unvertypten Schuldurteil nur ein gesetzgeberisches Motiv sehen, das zwar noch immerhin mittelbar für die Interpretation der Schuldtatbestände wäre, oder ob es nicht analog dem unvertypten Rechtswidrigkeitsurteil bei der richterlichen Rechtsanwendung unmittelbare Beachtung beanspruchen kann. Es wurde

---

[17]) Grünhut, Begriffsbildung u. Rechtsanwendung im Strafrecht 1926 S. 8 ff.

[18]) Dahm, Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht 1931 S. 20 f.

[19]) Vgl. Goldschmidt, Normativer Schuldbegriff, Festg. f. Frank I, S. 443.

[20]) Schaffstein, a. a. O. S. 5.

[21]) Schaffstein, a a. O. S. 6.

nun in der Literatur bejaht, daß neben den gesetzlichen Schuldausschließungsgründen auch ein „übergesetzlicher“ sich aus dem materiellen Schuldbegriff selbst unmittelbar ergebender Schuldausschluß anzuerkennen sei.[22])

Nun hat man parallel der Entwicklung bei der materiellen Rechtswidrigkeit die außergesetzliche Typisierung des materiellen Schuldurteils dadurch vorgenommen, daß man den materiellen Gehalt der Schuld ganz allgemein als „Zumutbarkeit“ bestimmte, ähnlich wie Sauer den materiellen Unrechtsgehalt als „Sozialschädlichkeit“ oder wie v. Lißt-Schmidt und Mezger als „Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes“ bezeichneten. Dadurch war nun der Ausgangspunkt gewonnen, die Anormalität der begleitenden Umstände zu einem allgemeinen „übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund“ auszugestalten.

Wie nun der übergesetzliche Notstand der Nichtzumutbarkeit durch den Hinweis auf die allgemeine Anerkennung des übergesetzlichen rechtfertigenden Notstandes, wie wir oben gesehen haben, verteidigt wird, so ist dieser Auffassung auch heftig widersprochen worden.[23])

Maurach meint,[24]) daß durch Heranziehung des Rechtslückenproblems in der Schuldlehre sich keine analogen Folgerungen für den übergesetzlichen Schuldausschluß ergäben. Das Strafrecht verzichte von vorneherein auf eine kodifikatorische Aufzählung der Rechtfertigungsgründe. Das Strafgesetzbuch enthalte Strafrecht und nichts anderes und müßte auf die Übernahme gesatzter und ungesatzter Rechtfertigungseventualitäten

---

[22]) Vgl. dazu Goldschmidt a. a. O. S. 447 ff; Freudenthal, Schuld u. Vorwurf, 1922 S. 7; v. Lißt-Schmidt, Lehrbuch S. 224 f, 282 ff, Wegner Jur. Rundschau 1925 S. 578 ff. Mezger 1933, 370 ff, Köhler, Ger. Saal Bd. 95, S. 466 Siegert, Notstand 1931 S. 50—54. u. a.

[23]) Vgl. hierzu vor allem: Grünhut ZStW 51/466, Wachinger Frank-Festgabe I, 496, Baumgarten JW 1933, 1329, Sauer, Grundlagen 569 ff, Schumacher, Wesen der Strafrechtsschuld 128, gegen ihn Siegert 44; Kitzinger JW 1933, 406.

[24]) Maurach, Kritik der Notstandslehre S. 129.

verzichten; es arbeite hier mit Begriffen, die aus anderen Rechtsgebieten übernommen seien. Ganz anders aber stehe es um die Schuld. Diese sei nur ein strafrechtlicher Begriff, die zivilrechtliche „Schuld", die nur Anforderungsmaßstab, nie Persönlichkeitswürdigung sei, habe mit ihr nichts zu tun. Aber Maurach behauptet selbst, daß mit dieser Feststellung formell gegen die Unzulässigkeit der Anerkennung des übergesetzlichen Schuldausschließungsgrundes noch nichts gesagt ist. Wir werden noch sehen, daß sowohl „theoretisch" wie auch praktisch es „immerhin denkbar" ist, eine solche Entschuldigung aus den ungeschriebenen Normen des Strafrechts zu entnehmen. Wenn Maurach die Auffassung vertritt, daß gegen einen gesetzlichen Schuldausschluß im allgemeinen alle die Gründe sprechen, die gegen die übergesetzliche Zumutbarkeitslehre im besonderen vorgebracht werden, so stellt er sich lediglich in die Reihe derjenigen, die die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund ablehnen.

Demgegenüber ist aber festzustellen, daß auch Schaffstein, der ein ausgesprochener Gegner der Nichtzumutbarkeit ist, richtig ein Analogon der Rechtswidrigkeit heranzieht und wie wir gesehen haben, mit Goldschmidt, Freudenthal, Eb. Schmidt, Mezger, Köhler und Siegert die Frage bejaht, daß neben den gesetzlichen Schuldausschließungsgründen, auch ein „übergesetzlicher", sich aus dem materiellen Schuldbegriff selbst unmittelbar ergebender Schuldausschluß, anzuerkennen ist.[25])

Da sich der übergesetzliche schuldausschließende Notstand nur auf dem Boden der sog. normativen Schuldlehre entwickeln konnte, so ist zunächst dieser Begriff klar herauszuarbeiten. Denn wie sich aus der Lehre von der Rechtswidrigkeit der rechtfertigende Notstand durch Inanspruchnahme des Rechts als Bewertungsnorm für die Begründung der Rechtswidrigkeit her-

[25]) Schaffstein S. 6. Da Schaffstein zwar wie wir gesehen haben die Verwertung übergesetzlicher Schuldausschließungsgründe an sich nicht für unzuläßig hält, aber die Zumutbarkeit als Maßstab einer solchen verwirft, tut in diesem Zusammenhang nichts zur Sache.

leiten läßt, so kann aus der Schuldlehre der schuldausschließende übergesetzliche Notstand durch Heranziehung der Funktion des Rechts als Bestimmungsnorm entwickelt werden.[26] Dazu ist aber nötig uns klar zu machen, was man unter „normativer Schuldauffassung" versteht.

§ 2.

Die normative Schuldlehre.

1. Der psychologische und normative Schuldbegriff.

Strafrechtliche Begriffe werden in der Lehre oft gerne durch knappe, prägnante Schlagworte wiedergegeben. Die Gefahr liegt aber sehr nahe, daß diese Schlagworte in ihrer präzisen Ausdrucksweise oft gründlichst mißverstanden werden, dadurch eine nicht geringe Verwirrung anrichten und an Klarheit nicht gewinnen.[27]

In der Tat fand nun der Begriff des „Normativen" in der Schuldlehre eine verschiedene Bedeutung. v. Hippel[28] will als „normativ" eine Bewertung seitens des Täters verstehen, demnach würde eine normative Schuldauffassung nach ihm eine bestimmte psychische Beziehung des Täters zur Verbotenheit der Handlung fordern. In diesem Sinn ist vor allem die Schuldlehre Bindings zu verstehen, die zum Vorhandensein der Schuld beim Täter das Bewußtsein des Unrechts von der Tat fordert, während die frühere Auffassung v. Lißt als „psychologischer" Schuldbegriff zu bezeichnen wäre, die sich mit der Kenntnis des Täters vom objektiven Deliktstatbestand begnügt. Auch Berg[29] will

---

[26]) Vgl. Siegert, S. 127, 45.

[27]) Vgl. Mezger, Lehrbuch S. 250.

[28]) v. Hippel, Lehrbuch II S. 279—281.

[29]) Berg, Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht, Breslau 1927, S. 25 ff, 64 ff.

in der seelischen Beziehung des Täters zum Verbot bzw. zur Pflichtwidrigkeit der Handlung das normative Element erblicken.

Doch in diesem Sinn wird der Begriff des „Normativen“ von der herrschenden Lehre nicht gebraucht, sondern es handelt sich darum, „ob das Schuldurteil die einfache Feststellung eines psychologischen Sachverhalts („Psychologismus“) oder zugleich immer auch eine normative Bewertung (“Normativismus“) bedeute“.[30]) Das ist so zu verstehen: Zur Bejahung der Strafbarkeit einer Handlung ist zunächst die Feststellung eines bestimmten psychologischen Sachverhaltes notwendig d. h. die Schuld ist ein psychischer Vorgang, der es erst zuläßt gegen den Täter einen Vorwurf zu erheben und gegen ihn eine Strafdrohung auszusprechen. Es genügt also nicht, daß die Handlung zwar tatbestandsmäßig und rechtswidrig ist, sondern es muß ein weiteres Moment, ein Werturteil, hinzutreten, damit die Handlung dem Täter vorgeworfen werden kann.

Damit über den Täter das Unwerturteil der Rechtsordnung ausgesprochen werden kann, muß er die Tat schuldhaft begangen haben. Ein kleiner Bruchteil der Rechtslehre war auf dem Standpunkt angelangt, die Schuld als eine „reale Tatsache“, als einen „psychischen Vorgang“[31]) zu bezeichnen. Die moderne Strafrechtswissenschaft dagegen hat einen Schritt weiter getan und hat erkannt, daß die Schuld „zugleich eine den Wert dieses Vorgangs kennzeichnende Eigenschaft darstelle, daß das Schuldurteil deshalb nicht bloß ein tatsachenfeststellendes, sondern auch ein Werturteil sein müsse, m. a. W. ein normatives Element enthalten müsse.“[32])

Diese Auffassung darf als die herrschende bezeichnet werden. Klar hat dies Mezger[33]) ausgedrückt, daß es zunächst befremdlich erscheine, daß „die Schuld“ eines Menschen nicht in seinem

---

30) Mezger, Lehrbuch S 250.

31) So Radbruch, ZStW 24 S. 333 ff.

32) Marcetus, Der Gedanke der Zumutbarkeit S. 3

33) Mezger, Lehrbuch S. 249.

Kopf, sondern „in den Köpfen anderer" stecken soll: „Das Urteil, der Handelnde habe eine rechtswidrige und tatbestandsmäßige Handlung zugleich auch" schuldhaft begangen, knüpft zwar an einen bestimmten Sachverhalt im Täter an, aber es bewertet zugleich diesen Sachverhalt als einen dem Täter vorwerfbaren Vorgang. Erst durch dieses Werturteil des Richtenden wird das psychologische Geschehen zu dem Begriff der Schuld erhoben". Die Beziehung zu einem bestimmten tatsächlichen Sachverhalt macht also nicht das Wesen des Schuldurteils aus, sondern „erst durch die bestimmt geartete Bewertung wird der in Bezug genommene Sachverhalt als Schuld gekennzeichnet." [34]) Nach normativer Auffassung ist also die Schuld kein feststehender „psychologischer", sondern ein „normativ-bewerteter" [35]) Sachverhalt, also Vorwerfbarkeit, Tadelhaftigkeit oder Pflichtwidrigkeit. In diesem Sinn ist m. E. auch Mezgers Satz: „Strafrechtliches Denken ist letzten Endes immer individualisierendes Denken" [36]) zu verstehen.

Es ist durchaus Finger [37]) zuzustimmen, der Marcetus den Irrtum nachweist, wenn er annehme, daß die Erkenntnis, das Schuldurteil sei „nicht bloß ein tatsachenfeststellendes, sondern auch ein Werturteil" auf Dohna [38]) zurückzuführen sei. Finger meint, diese Erkenntnis, die Marcetus für relativ neu hält, spiele in einer jahrtausend-jährigen geschichtlichen Entwicklung eine ungeheure Rolle. Finger ist auch beizupflichten, wenn er Marcetus Auffassung (S. 58), daß bei der Abfassung des geltenden Strafgesetzbuches „eine normative Schuldlehre nicht bekannt war", für falsch hält. Daß das geltende Reichsrecht eine Anzahl von Tatbeständen, in denen die normative Schuldauffassung deutlich zum Ausdruck gebracht wird, kennt, wird von

[34]) Mezger, Lehrbuch S. 249.
[35]) Mezger, Lehrbuch S. 250.
[36]) Mezger, Lehrbuch S. 370.
[37]) Finger, Ger. Saal 98/454.
[38]) Dohna, Ger. Saal 65 S. 304 ff, bes. S. 310 ff.

uns noch nachzuweisen sein. Es ist, um mit Mezger[39]) zu reden, müssig, um den „Begründer des normativen Schuldbegriffs" zu streiten, denn es handle sich nicht um eine einmalige „Entdeckung", sondern um die Erkenntnis der „Normativismus" habe nur eine systematische und sachliche Klarstellung erfahren oder wie sich Finger[40]) ausdrückt, eine „schärfere Terminologie" und eine „schärfere Begriffsbildung".

Auf Grund der „normativen Schuldauffassung wird nun in der Lehre die Ansicht vertreten, daß man aus dem Erfordernis der Vorwerfbarkeit der Gesinnung des Täters folgern könne, daß eine Schuld, wenn sie auch prima facie vorliege, dann entfallen muß, wenn wir im konkreten Einzelfall dem Täter keinen Vorwurf machen können.

Die einen Vertreter der normativen Schuldlehre verlegen nun die normative Funktion der Schuld in das Gesetz und lassen eine gesetzliche Vermutung dafür sprechen, daß in bestimmten, aber stets gesetzlich typisierten Fällen die Vorwerfbarkeit fortfalle.[41])

Die anderen Vertreter sagen richtiger, nicht nur eine gesetzliche Vermutung spreche in bestimmten, typisierten Fällen für einen Fortfall der Vorwerfbarkeit, sondern darüber hinaus habe das richterliche Ermessen im jeweils konkreten Einzelfall darüber zu entscheiden, ob das Verhalten des Täters als ihm vorwerfbar erscheine.

Grundsätzlich von der letzten Richtung ausgehend, wollen nun einzelne Vertreter, so Frank und Marcetus das richterliche Prüfungsrecht nur auf Fälle fahrlässigen Verhaltens ausdehnen, während andere, vor allem Freudenthal, Goldschmidt, Eb. Schmidt und Mezger das Prüfungsrecht über das Vorliegen der Vorwerfbarkeit auch bei vorsätzlichen Straftaten angewandt wissen wollen. Wie die einzelnen Vertreter ihre Auf-

---

[39]) Mezger, Lehrbuch S. 250.

[40]) Finger. Ger. Saal 98/454.

[41]) Vgl. Maurach, S. 121.

fassungen begründen, darüber soll in einem anderen Zusammenhang die Rede sein.

2. Gesetz und normative Schuldauffassung.

Es ist durchaus richtig, wenn Maurach[42]) meint, daß das geltende Reichsrecht eine Anzahl von Tatbeständen kenne, in denen die normative Schuldauffassung deutlich zum Ausdruck gebracht würde. So können wir im § 157 StGB eine normative Schuldauffassung erblicken. § 157 StGB berücksichtigt eine obligatorische Strafmilderung, wenn beim Meineid die wahrheitsgemäße Aussage gegen den Täter eine Strafverfolgung nach sich ziehen würde. Daß trotzdem die Handlung vom Gesetzgeber mißbilligt wird, ergibt sich schon daraus, daß ja die Strafdrohung fortbesteht. Maurach folgert nun ganz richtig, daß es also „wenn von dem nichtssagenden Ausweg eines besonderen persönlichen oder sachlichen Strafmilderungsgrundes abgesehen wird“[43], es nur die Schuld des Täters sein könne, welche dem Gesetzgeber weniger groß und weniger verwerflich als im Tatbestand erscheint und dies jedoch nur deshalb, weil der Täter in einer bestimmten Zwangslage gehandelt hat.

Ebenso sieht der Gesetzgeber eine Strafmilderung in den §§ 248 a, 264 a StGB vor, wenn der Täter „aus Not“ gehandelt hat.

Als weiterer Niederschlag der normativen Schuldauffassung ist § 257 Abs. 2 StGB zu betrachten; danach ist die Begünstigung straflos, wenn sie dem Täter von einem Angehörigen gewährt worden ist, um ihn der Bestrafung zu entziehen. Der Grund dieses Strafausschlusses „kann kriminalpolitisch nur in der Stärke der zur Tat drängenden Verhältnisse und damit in einer besonderen Schuldkonstellation gesehen werden.“[44])

---

[42]) Maurach, S. 122.
[43]) Maurach, S. 123.
[44]) Maurach, S. 123.

Ebenso können wir uns fragen, weshalb nicht auch die Selbstbefreiung nach § 120 StGB strafbar ist. Gewöhnlich wird die Behauptung aufgestellt, daß die Selbstbefreiung eben straflos ist.[45]) Frank stellt jedenfalls die Tatbestandsmäßigkeit fest, wenn er behauptet, daß der Gefangene selbst Täter des Deliktes des § 120 sein könne. Wenn nun die Rechtswidrigkeit feststeht, warum mangelt es dann an der Schuld? Eben deshalb, weil das Gesetz von der richtigen Erkenntnis ausgeht, daß ein anderes Verhalten hier dem Täter nicht zuzumuten ist. Die Rechtsordnung erwartet es eben nicht, daß man einem Rechtsbrecher einen Vorwurf deshalb machen kann, wenn er sich dem Arm der Gerechtigkeit zu entziehen sucht.

Aus der gleichen Überlegung ist der eine Unterschlagung verdeckende Betrug ein Verwertungsdelikt gegenüber der vorausgegangenen Straftat und — obwohl tatbestandsmäßig und rechtswidrig — ist er straflos.

Aus demselben Gesichtspunkt entschuldigt das Reichsgericht die mittelbare Selbstbegünstigung.

Der Gesetzgeber hat in all diesen Fällen, die nicht erschöpfend aufgezählt sein wollen, den Täter, obwohl er sich vielleicht der Kenntnis des Inhalts und der Bedeutung seiner Handlung voll bewußt war, als „weniger schuldig" oder „nicht schuldig" angesehen. Wir können daraus folgern, daß der Gesetzgeber, wenn er den Täter für schuldig erklärt, mehr verlangt, als das Kennen und Wollen der Tat.

Daß sich die normative Schuldlehre im geltenden Strafgesetzbuch eingebürgert hat, wird auch mit § 52 StGB bewiesen.[46]) Der Nottäter des § 54 StGB erscheine hier als ein anderer, als der des § 52. Im Fall des § 52 kapituliere der Täter vor der bestehenden Gefahr. Er begehe denjenigen Eingriff, zu dem er von außenher genötigt wird und beuge sich

---

[45]) L. Komm. 1 zu § 120; Olshausen 2 zu § 120; Frank I 1 zu § 120.

[46]) Vgl. hierzu Maurach, S. 127.

dem Willen des hinter ihm stehenden Rechtsbrechers. Ganz anders sei nun der Fall des echten Notstandes des § 54. Hier will sich nun der Täter dem Willen des Drohenden auf jeden Fall entziehen. „Den ihm abgenötigten Einbruch in fremde Rechte will er um jeden Preis vermeiden. Es gelingt ihm dies – allerdings um den Preis eines anderen Einbruchs.“ Für uns erscheint jedoch der Tatwert ein anderer. Soll im Falle des § 54 die Handlung den verbrecherischen Willen des Drohenden paralysieren, so ordnet sie sich ihm im Falle des § 52 hilflos unter. Die Tat des § 52 müssen wir als verwerflich betrachten, wenn nun der Gesetzgeber dem Täter trotzdem keinen Vorwurf macht, so müssen wir den Grund eben an der Schwäche des Täters suchen, der „dem Druck der Drohung nicht widerstehen konnte.“

Als Ergebnis dieser Untersuchung haben wir also gefunden, daß die normative Schuldlehre im Gesetz Anerkennung gefunden hat. Wir werden im Laufe unserer Abhandlung noch auf diese Erörterung zurückkommen, wenn wir uns mit dem Maßstab der Zumutbarkeit beschäftigen werden. Wir wollen uns aber nicht irr machen lassen durch Maurachs Ansicht[47]), wenn er meint, einer uferlosen Erweiterung zu einem übergesetzlichen Prinzip bedarf es nicht mehr, nachdem die normative Schuldlehre im Gesetz anerkannt ist. Denn damit stellt sich Maurach lediglich auf die Seite der Opponisten. Wir wollen aber nun sehen, welche Versuche auf Grund der normativen Schuldauffassung gemacht wurden die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund zu erklären. Zum Schluß dieser Betrachtung wollen wir feststellen, daß wir von Zumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens dann sprechen können, wenn das normative Element vorhanden ist, von Nichtzumutbarkeit oder Unzumutbarkeit dann, wenn es fehlt d. h. wenn eine abnorme Motivationslage beim Täter vorliegt.[48])

[47]) Maurach, S. 128.

[48]) Vgl. Siegert, S. 49.

§ 3.

Konstruktion der Nichtzumutbarkeit als übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund.

Von den Gegnern der Nichtzumutbarkeit wird immer wieder vorgebracht, die Systematik unseres Strafrechts bietet keine Handhabe für die Annahme eines übergesetzlichen Schuldausschlusses, ja die vom Gesetzgeber gewollte Geschlossenheit des Gesetzes verbiete jede Heranziehung solcher „übergesetzlicher" Schuldausschließungsgründe. Eine Lehre, die dennoch „übergesetzliche" Schuldausschließungsgründe gelten lasse, schöpfe ihre Erkenntnisse außerhalb des Rechts; jede Anerkennung übergesetzlichen Schuldausschlusses stehe außerhalb des Rechts.[49]) Das Gesetz mute uns einfach die Erfüllung der im Gesetz bezeichneten Pflichten zu, sofern es nicht selbst ausdrückliche Ausnahmen vorsehe.[50])

Wenn trotzdem von namhaften Vertretern der Strafrechtswissenschaft immer wieder der Versuch gemacht wurde, einen „übergesetzlichen" Schuldausschließungsgrund zu konstruieren, so liegt das naturgemäß schon daran, daß der Gesetzgeber expressis verbis nicht eindeutig ausgedrückt hat, was Schuld ist, ja daß, wie Köhler [51]) hervorhebt, sich erhebliche Zweifel ergeben haben, ob das Vorliegen einer Schuld abhängig sein soll von den äußeren Umständen, unter denen jemand ein bestimmtes Verhalten eingeschlagen habe. Es war also zu prüfen, ob man zu den Schuldbestandteilen (oder wem Schuldvoraussetzungen besser erscheint) auch die konkreten Tatumstände außerhalb des gesetzlichen Tatbestandes, unter deren Druck die Handlung geschah, zählen müsse.

---

[49]) Vgl. Maurach S. 132

[50]) Finger, Lehrbuch 1932, S. 528

[51]) Köhler, Ger. Saal Bd. 95/461.

Zweifellos ist hier Frank[52]) bahnbrechend gewesen, indem er, von der normativen Schuldauffassung ausgehend, dem normativen Element eine selbständige Bedeutung beilegte. Wenn man bisher die Schuld als Gattungsbegriff der Artbegriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit ansah und wenn man die sonstigen Tatsachen, die sog. „begleitenden Umstände", die von einer gewissen Bedeutung sein können bei der richterlichen Beurteilung einer Handlung außerhalb des Schuldbegriffs verwies, so war es Frank, der es wagte, die begleitenden Umstände als konstitutives Schuldmerkmal neben Vorsatz und Fahrlässigkeit als Faktoren anzuerkennen, die nicht nur die Schuld mindern, sondern auch ausschließen können. Den Nachweis, daß das Gesetz seine Auffassung teilt, bringt er mit folgender Begründung: „Denn umfaßt der Schuldbegriff nichts weiter als die Summe von Vorsatz und Fahrlässigkeit und bestehen diese in der bewußten und unvorsichtigen Herbeiführung des Erfolges, so bleibt es ganz unverständlich, wie die Schuld durch Notstand ausgeschlossen werden könnte." Denn auch der im Notstand handelnde Täter wüßte, was er tut. (Vgl. hierzu RGSt 61,30: „Die durch Zwangslage entstehende Beschränkung der Willensfreiheit läßt also insbesondere die Vorsätzlichkeit des Handelnden unberührt.") In Notstandsfällen fehle es demnach an einem anderen Bestandteil der Schuld und dieser Bestandteil ist eben die normale Beschaffenheit der begleitenden Umstände. Frank hat nun als erster mit der wünschenswerten Klarheit die Schuld als „Vorwerfbarkeit" bezeichnet. Wir können also Franks Auffassung folgendermaßen zusammenfassen: Vorwerfbar ist das rechtswidrige Verhalten eines zurechnungsfähigen Menschen nur dann, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig handelt und wenn seine Handlung sich nicht unter einer gewissen Abnormität der äußeren Tatumstände vollzieht.

Auf die Einwände, die gegen Franks Auffassung gemacht wurden, und auf seine Änderung, die er selbst vorgenommen hat,

---

[52]) Frank, Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs.

brauchen wir hier nicht näher einzugehen, sie sind schon oft Gegenstand eingehender Darstellungen geworden.[53]) Es genügt hier den Vorwurf festzustellen, den man Frank verschiedentlich machte, daß er die Normalität der die Tat begleitenden Umstände neben Zurechnungsfähigkeit, Vorsatz bezw. Fahrlässigkeit[54]), als Schuldelement formuliere[55]). Vor allem hat man sich dagegen gewandt[56]), die Schuld im strafrechtlichen mit der im prozessualen Sinn, dem Verschulden, zu identifizieren (so Frank, Aufbau S. 525). Schuld im strafrechtlichen, im theoretischen Sinn sei der Inbegriff der subjektiven Beziehungen zwischen Täter und Tat, die uns veranlassen, sie ihm zuzurechnen. Schuld im prozessualen Sinn, das Verschulden dagegen sei die konkrete Stärke der einzelnen Beziehungen und ihre Wirkung auf den Grad der Vorwerfbarkeit. Beides hat nun Frank unzuverlässigerweise zusammengeworfen.[57])

Franks Gedankengang hat nun Goldschmidt[58]) aufgegriffen und zu einem selbständigen System verarbeitet. Goldschmidt hat eine methodische Scheidung von normativen und psychischen Schuldelementen vorgenommen. Er geht davon aus, daß mit dem Urteil der Vorsätzlichkeit nur eine psychische Beziehung festgestellt sei, während man in dem Urteil der Fahrlässigkeit schon eine Bewertung sehen müsse. Es gäbe nun zwei Möglichkeiten, entweder dem Vorsatz ein normatives Element hinzuzufügen

---

[53]) Vgl. Marcetus, S. 9.

[54]) Das Fehlen der subjektiven Beziehung des Täters zur Rechtswidrigkeit bemängelt besonders Marcetus S. 13 f.

[55]) Vgl. Schumacher, S. 3 ff. Kriegsmann ZStW 28/713: Der Vorwurf bei der Schuld könne nur gerechtfertigt werden, wenn der Täter die normale Beschaffenheit der Begleitumstände kannte oder kennen mußte und gleich wohl den Tatbestand verwirklichte. Er vertritt die Auffassung, wenn Schuld Vorwerfbarkeit sei, so kämen die Begleitumstände nur in ihrer subjektiven Abspiegelung für die Schuld in Betracht.

[56]) So Mittermaier, S. 14, vgl. Schumacher S. 10.

[57]) Frank hat inzwischen seine Meinung geändert, dadurch, daß er die normalen Umstände später ins Subjektive gekehrt hat. Komm. S. 132

[58]) Goldschmidt, Der Notstand ein Schuldproblem.

oder dieses aus der Fahrlässigkeit herauszunehmen (S. 12). Goldschmidt löst das Problem in der Art, daß er auf das Gebiet der Pflichtnorm verwies und die Schuld auch beim Vorsatz von der „Pflichtwidrigkeit" abhängig machen läßt. Eine „Pflichtwidrigkeit" ist nun dann anzunehmen, wenn eine „Pflichtnorm" verletzt werde. Diese erblickt Goldschmidt unausgesprochen neben jeder Rechtsnorm. Diese „Pflichtnorm" sei nun aus der korrespondierenden Rechtsnorm, deren Übertretung versucht oder vollendet wurde, zu abstrahieren und sie fordere vom Einzelnen ein bestimmtes äußers Verhalten. Sie gebiete nämlich, daß man sich regelmäßig durch die Vorstellung, daß die Willensbetätigung einen durch die Rechtsnorm verbotenen Erfolg herbeiführen werde, von der Willensbetätigung abhalten und durch die Vorstellung, daß die Willensbetätigung einen durch die Rechtsordnung gebotenen Erfolg herbeiführen werde, zu der Willensbetätigung bestimmen lasse. Das Grundsätzliche liegt nun darin, daß sich die Pflichtnorm auf das innere Verhalten beziehe, objektiver Gegenstand der Rechtnorm dagegen sei unmittelbar das äußere Verhalten (S. 17 Anm. 18). Das Ergebnis dieser Konstruktion liegt nun darin, daß das auf Grund der Nichtbefolgung der Pflichtnorm gefällte Unwerturteil („pflichtwidrig") das normative Schuldelement sei (S. 19).

Goldschmidt hat also in jedem vorsätzlichen Delikt eine doppelte Normwidrigkeit aufgestellt: Objektiv die Übertretung einer Rechtsnorm, subjektiv die Verletzung der korrespondierenden Pflichtnorm. Goldschmidt scheidet aber diese subjektive Normwidrigkeit innerhalb des Fahrlässigkeitsurteils von der Norm einer subjektiven Pflichtwidrigkeit. Er geht nämlich davon aus, daß das normative Schuldelement neben der Fahrlässigkeit genau so stehe, wie neben dem Vorsatz (S. 21). Es scheine also nur, als sei das normative Schuldelement, wie manche Schriftsteller annehmen, der Fahrlässigkeit immanent. Während die gewöhnliche, dem Schuldvorwurf zu Grunde liegende psychologische Beziehung so beschaffen sei, daß der Täter sich durch die hemmende Erfolgsvorstellung nicht hat motivieren lassen, könn-

ten wir einen Schritt weiter gehen: Wir könnten dem Täter schon zum Vorwurf machen, daß er sich nicht aktiv selbst durch die Erfolgsvorstellung in dem von der Rechtsordnung gewünschten Sinn habe motivieren lassen. Das könnte aber nur dann sein, sofern der Täter zu einer solchen Selbstmotivierung besonders verpflichtet und vermöge der Vorstellung der begleitenden Umstände auch imstande war. In letzterem Falle liege noch ein besonderes normatives Element der Fahrlässigkeit vor, eine quasipsychologische Erfolgsbeziehung (S. 23), die wiederum auf der Verletzung der aus einer Rechtsnorm zu abstrahierenden Pflichtform beruhe. Bei der Fahrlässigkeit, zum mindesten bei der unbewußten sei nämlich eine unmittelbare psychologische Beziehung des Täters zum rechtswidrigen Erfolg unerweislich. Sie sei genau so unerweislich, wie eine eigentliche kausale Beziehung zum Erfolg bei den Begehungsdelikten dnrch Unterlassung.

Goldschmidt nimmt bei der unbewußten Fahrlässigkeit zwei normative Elemente an: „einmal die Verletzung der dem Täter obliegenden besonderen Sorgfaltspflicht und zweitens die Verletzung der dadurch bedingten Pflicht zur Selbstmotivation mittels der Erfolgsvorstellung, welche der Pflicht sich durch die Erfolgsvorstellung motivieren zu lassen, gleichsteht (S. 32)."

Dies ist natürlich nur in großen Zügen Goldschmidts Gedankengang. Sein Verdienst liegt m. E. darin, daß er mit Hilfe der Pflichtnorm ein geschlossenes System herausarbeitete. Diese Pflichtnorm wird nun aber im konkreten Einzelfall durch dem Billigkeitsrecht angehörende Entschuldigungsgründe, wie die §§ 52 und 54 StGB paralysiert, aufgehoben. Darüber hinaus sind nun auch übergesetzliche Entschuldigungsgründe schon bei der Fahrlässigkeit von der Rechtssprechung anerkannt; es hindere nun nach Goldschmidts Auffassung nichts sie ebenso bei vorsätzlichem Handeln anzunehmen. Der gesetzgeberische Sinn der Entschuldigungsgründe wird also auf alle Fälle ausgeschlossener Zumutbarkeit ausgedehnt.

Man hat Goldschmidts Schuldlehre häufig angegriffen[59]). Es ist vor allem Streit entstanden über die Frage der Existenzberechtigung der Pflichtnorm, die Goldschmidt als ein von der Rechtsnorm unterschiedliches Gebilde auffaßt. Goldschmidt hat sich gegen diese Angriffe auch verteidigt.[60]) Von dem Begriff der der Rechtsnorm korrespondierenden das innere Verhalten des Täters regelnden Pflichtnorm, ist er zwar nicht abgewichen. Rein formal hat er jetzt den Ausdruck, das Billigkeitsrecht verlange Schuldausschluß, sie sei die Quelle der Pflichtnorm und damit der Entschuldigungsgründe, fallen lassen und nicht sei es als geltendes Recht so zu erweisen, daß die Entschuldigung des Täters schon auf der Wirksamkeit der Pflichtnorm beruhe, die aber von vorneherein beschränkt anzunehmen sei. Die Pflichtnorm verlange nur da Gehör, es trete dem Täter nur da ein Sollen gegenüber, wo ein Können vorhanden sei.[61]) Die Wirksamkeit der Pflichtnorm muß also da enden, wo die an die Motivation des Täters gestellten Anforderungen aufhören, wo also die Nichtzumutbarkeit beginnt.

Freudenthal[62]) hat nun, ohne zwar neue theoretische Gesichtspunkte zu bringen, den Gedanken Goldschmidts, daß das Sollen durch das Können begrenzt sei, weiter ausgebaut. Auch Freudenthal geht zunächst davon aus, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit die Schuld nicht begründen könnten, wenn sie rein psychologische Begriffe wären. Vorsatz und Fahrlässigkeit enthielten aber „ein ethisches Element" (S. 6.) und seien Schuldarten (S. 17). Um gegen den Täter einen Schuldvorwurf erheben zu können, müsse der Täter sich so verhalten haben, während er sich anders hätte verhalten können und sollen. Demnach sei das Können die Grenze der Schuld. Das Vermeidensollen setze das Vermeidenkönnen voraus. Das Fehlen des

---

59) Vor allem Kriegsmann ZStW 35/316 ff. vgl. Henkel 65 ff. Siegert 48. Liszt-Schmidt S. 224.

60) Normativer Schuldbegriff, Frank-Festgabe I, 428 ff.

61) Frank-Festgabe I S. 442

62) Schuld und Vorwurf.

Könnens sei dann anzunehmen, wenn zur Nichtbegehung der Straftat ein Maß von Widerstandskraft gehört hätte, wie man es normalerweise niemanden zumuten könne. Bezeichnenderweise kommt es für Freudenthal allein auf letzteres an, die Normalität der begleitenden Umstände oder ihrer motivierenden Kraft sei gleichgültig (S. 10). Die Hauptsache ist, nicht jeder dürfte ebenso gehandelt haben. Dennoch fehle begrifflich, wo Notstand bestehe, mit dem Können des Täters die Vermeidbarkeit der Begehung, die Vorwerfbarkeit der Tat, die Zumutbarkeit des Nichthandelns, oder wie man sonst formulieren will — kurz die Schuld. Auch wenn der Täter nicht anders handeln kann, das Sollen bleibt immer aufrecht erhalten. Bei der Fahrlässigkeit habe sich nun der Gedanke des Vermeidenkönnens in Wissenschaft und Praxis durchgesetzt. Objektiv werde hier festgestellt, ob der Täter die in concreto für die Nichtverwirklichung des Tatbestandes erforderliche Sorgfalt geleistet hat. Stehe dies fest, so sei der Täter freizusprechen. Wäre das Gegenteil der Fall, so sei nun subjektiv zu prüfen, ob der Täter nach seiner Gesamtpersönlichkeit im Stande war, die Verwirklichung des Tatbestandes zu unterlassen. Die Nichtzumutbarkeit bei der Fahrlässigkeit sei anerkanntes Recht. Was der Fahrlässigkeit recht ist, sollte dem Vorsatz billig sein, das ist die Folgerung, die Freudenthal, aus seiner Auslegung zieht. Denn es wäre unverständlich, wenn man zur schwereren Schuldform weniger fordere als zur leichteren. Da nun weiter die Vorwerfbarkeit identisch sei mit der zur Fahrlässigkeit subjektiv vorausgesetzten Vermeidbarkeit, so müßte sie als ein den beiden Schuldarten gemeinsames ethisches Schuldelement auch in den Vorsatz hineinverlegt werden und seine behauptete Selbständigkeit verlieren.

Auf die Angriffe[63]), die gegen Freudenthals Lehre gemacht wurden, werden wir noch in einem anderen Zusammenhang eingehend zu sprechen kommen.

---

[63]) Freudenthals schärfster Kritiker ist Schumacher: Um das Wesen einer Strafrechtsschuld.

Hegler[64]), der die Vorwerfbarkeit als Vorwurfsmöglichkeit betrachtet, die den Inhalt eines Schuldurteils nur dann bilden kann, wenn der Täter voller Herr seiner gesellschaftsschädlichen Tat gewesen ist, setzt also Tatfreiheit voraus. Diese ist dann nicht mehr vorhanden, wenn der Täter auf Grund einer solchen psychischen Zwangssituation oder sonst auf Grund einer derart ungewöhnlichen Motivationslage handelte, daß er nun unter dem Druck der Zwangslage, der übermächtigen Motive handelnd, nicht mehr als voller Herr seiner Tat erscheinen könne.

Kohlrausch[65]) konstruiert, daß „schuldhaft" nur derjenige eine rechtswidrige Handlung begehe, von dem wir rechtmäßiges Handeln erwarten und folglich auch fordern dürfen. Er meint nun, eine solche Erwartung könne nicht nur bei Unzurechnungsfähigkeit des Täters ausgeschlossen sein, sondern sie könne auch nach Lage des einzelnen Falles bei „Unzurechenbarkeit" der Tat fehlen. Es müßte dann die Schuld wegen Nichtzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens entfallen.

Die übrigen Versuche[66]), die nun gemacht wurden, die Nichtzumutbarkeit zu konstruieren, bauen zum Teil auf den Ergebnissen Franks, Goldschmidts und Freudenthals auf und stellen den übergesetzlichen Schuldausschluß der Nichtzumutbarkeit auf die Grenze des Könnens ab.

Eb. Schmidt[67]), der ausdrücklich mit Goldschmidt übereinstimmt, meint, was uns berechtige, dem Täter den Vorwurf „vorsätzlichen" oder „fahrlässigen" Verhaltens zu machen, in ihm also einen schuldhaft handelnden Menschen zu sehen, sei die jeweils erforderliche, auf unserer Erfahrung beruhende Feststellung, daß sich der Täter im Hinblick auf die Gesamtsituation seiner Handlung anders, nämlich zu normgemäßen Verhalten

---

[64]) Hegler, ZStW 36/184 ff (bes. 214); Hegler stimmt hier also im wesentlichen mit Frank überein.

[65]) Aschrott-Kohlrausch, Reform S. 22.

[66]) Zu erwähnen sind hier vor allem: Eb. Schmidt (in Liszt-Schmidt § 36). Mezger (Lehrbuch 370). Lobe (Einführung 59), Siegert 44, Henkel 62.

[67]) Eb. Schmidt S. 218.

hätte motivieren können und daß deshalb sein inneres Verhalten fehlerhaft, sein Motivationsprozeß tadelnswert sei. Nur so lange diese Möglichkeit normgemäßen Verhaltens anzunehmen sei, könne von einer Pflicht zu entsprechendem Verhalten die Rede sein. An dem Können finde das Recht in seiner Funktion als Bestimmungsgrund, finde die Pflicht ihre Grenze. Nur solange mit jenem Können die Pflicht bestehe, sich normgemäß zu motivieren und dementsprechend zu handeln, könne dem Täter die rechtswidrige Handlung im Hinblick auf die Fehlerhaftigkeit des sie verursachenden psychischen Vorgangs vorgeworfen werden. Als Grenze des Könnens nimmt er den „Durchschnittsstaatsbürgertyp" zum Maßstab.

Im Anschluß an Goldschmidt sieht Siegert[68]) die Grundlage des Schuldvorwurfs in einem Widerspruch zu einem sozialen Sollen, in der sozialen Pflichtwidrigkeit. Siegert betont sehr richtig, daß die Verletzung dieses sozialen Sollens auf den Pflichtvorstellungen, der im Staat herrschenden Gemeinschaft beruhe. Wo aber die sozialen Pflichtvorstellungen ihre Grenzen finden, da hört der Schuldvorwurf auf. Diese Grenze soll sich nach Siegert dort befinden, wo bei einem „Durchschnittsmenschen" in der gegebenen Situation eine normale Motivierung unmöglich ist. Es komme dabei auf den „normalen Staatsbürger" an, der kein Held, aber auch kein Schwächling ist, oder wie er neuerdings unter ausdrücklicher Widerrufung[69]) seiner bisherigen Auffassung das „Können des willensstarken Volksgenossen" entscheiden lassen will. Schuldfreiheit besteht also, wenn der Täter durch die äußere Notlage in eine derart abnorme Motivationslage gerät, daß ein Volksgenosse von durchschnittlicher Willensstärke sie nicht anders als durch die rettende Handlung beendigen kann. So lange nun diese abnorme Motivationslage nicht gegeben ist, so lange ist auch das normative Element vorhanden. Wo dieses normative Schuldelement

---

[68]) Siegert, Notstand und Putativnotstand S. 50—54.
[69]) Siegert, Grundzüge S. 49.

vorhanden sei, „sprechen wir von der Zumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens", wo es fehle von Nichtzumutbarkeit oder Unzumutbarkeit.

Mezger [70]) entwickelt die Nichtzumutbarkeit aus dem Gesetz, für ihn sind Vorsatz und Fahrlässigkeit nur auswechselbare Schuldelemente, Schuldformen, nicht aber Schuldarten. Zur Schuld gehört aber noch mehr, einmal die Zurechnungsfähigkeit des Täters, dann aber auch eine bestimmte Gestaltung der inneren und äußeren Umstände der Handlung, die das Fehlen besonderer Schuldausschließungsgründe ausmachen. Da Mezger es auch auf das Durchschnittskönnen abstellt, so ist ihm entgegengehalten worden [71]), daß ja das gesamte Strafrecht mit diesem Begriffe arbeite und die Ausnahmen von schuldhafter Gehorsamsverletzung ja lediglich auf das präsumierte Durchschnittskönnen abstelle und daß somit eine „übergesetzliche" Unzumutbarkeit keine Berücksichtigung finden könne. Es ist aber m. E. Mezgers Auffassung und die der übrigen Anhänger der Nichtzumutbarkeitslehre vorzuziehen, wenn man nach Formen verlangt, „die eine Anpassung an die vielfältigen Gestaltungen des konkreten Lebens ermöglichen" [72]) und wenn sich strafrechtliches Denken gerade in der Schuldlehre einer „starren Festlegung" entziehen soll. Es ist Mezger durchaus zuzustimmen, daß es nicht Willkür und nicht Verzicht auf die Positivität des Rechts sein kann, sondern lediglich der Ausdruck einer logischen Notwendigkeit, wenn man die Nichtzumutbarkeit als ein allgemeines, die individuelle Anpassung des Gesetzes an den Einzelfall ermöglichendes Prinzip betrachtet.

Auch Lobe [73]) hat es unternommen die Nichtzumutbarkeit aus den Bestimmungen des geltenden Strafrechts zu erklären. Lobe geht ebenfalls davon aus, daß es sich hier um einen Entschuldigungsgrund für den Einzelnen bei der Nichtbefolgung

---

[70]) Vgl. Mezger, Lehrbuch S. 370 f und „Schuld und Persönlichkeit"
[71]) Maurach, S. 127.
[72]) Mezger, S. 370.
[73]) Lobe, Einführung S. 59.

einer durch Gebote oder Verbote auferlegten Pflicht handle. Diese bestünde zwar in vollem Umfang auch für ihn, jedoch die besonderen allein für ihn vorliegenden Umstände bewirkten, daß die Pflichtverletzung subjektiv nicht zur Schuld zugerechnet werden könne, also nicht vorwerfbar sei. Er betont nun, daß der Umstand, daß die Gebote und Verbote nur auf Gesetz beruhten, nicht ausschließe, daß die Entschuldigungsgründe für ihre Nichtbefolgung auch außergesetzlichen Regeln entnommen werden könnten.[74]) Wann allerdings das Vorliegen der motivierenden Kraft des rechtlichen Verbotes oder Gebotes durch andere Motivationen einen Entschuldigungsgrund abgeben dürfe, sei nicht nach dem Gefühl, nicht aus lediglich moralischen Erwägungen, auch nicht aus Anforderungen der Sitte zu finden, erst recht nicht aus rein egoistischen Erwägungen des Täters über ihn etwa treffende Nachteile oder die Notwendigkeit, wider seine politischen oder religiösen und sittlichen Überzeugungen zu handeln, sondern allein aus der Auffassung der Rechtsordnung. „Wie es der Gesetzgeber ist, der durch seine Gebote und Verbote dem Rechtsunterworfenen die Befolgung zumutet, so kann es auch nur das Gesetz oder die hinter ihm stehende Rechtsordnung sein, die eine Ausnahme von der Befolgungspflicht ausspricht, indem sie die Befolgung nicht mehr beansprucht, „nicht zumutet". Nun sind aber solche Entschuldigungsgründe namentlich in den §§ 52 und 54 StGB aufgestellt. Treffend weist nun Lobe daraufhin, daß diese Entschuldigungsgründe auf der Würdigung des Selbsterhaltungstriebes einerseits und der Nächstenhilfe andererseits beruhen und er kommt m. E. zu dem richtigen Ergebnis, daß eine Ausdehnung der Entschuldigungsgründe und die Annahme der Nichtzumutbarkeit zur Verletzung jener beiden Triebe und menschlichen Gefühle als der Grundauffassung des Rechtes entsprechend zulässig ist. Auf dieser Erwägung aber beruht die Annahme des übergesetzlichen schuldausschließenden Notstandes.

---

[74]) a. M. allerdings Frank, Vorb. II, 2 zum 4. Abschn. S. 137; Grünhut ZStW 51/466; Wachinger, Frank-Festgabe I, 494; Maurach S. 137.

Es sei nun gestattet auf die Konstruktion Herzbruchs, der es unternimmt die Nichtzumutbarkeit aus dem gesetzlichen Strafrahmen herzuleiten, an anderer Stelle einzugehen. Wir wollen dann sehen, ob es tatsächlich so bedauerlich ist, zu welchen „Entgleisungen hier die Mißachtung des von der Staatsführung anerkannten positiven Rechts führt"[75]).

Bei jedem Versuch die Nichtzumutbarkeit zu konstruieren, kommt es in erster Linie, wie dies besonders Köhler betont[76]), darauf an, daß man sich klar darüber werden muß, ob wir es bei der Schuld mit einem allgemeinen Rechtsbegriff von unbedingter Allgemeingültigkeit zu tun haben, oder ob die Schuld ein solch allgemeiner Rechtsbegriff ist, „der zwar einen festen Grundstock von Merkmalen überall hat, wo er vom Recht gebraucht wird, dessen genauerer Umfang aber nicht nur durch das positive Recht verschieden bestimmbar ist, sondern auch von wechselnden Rechtsanschauungen des Volkes abhängig ist". Köhler erkennt richtig, daß der Schuldbegriff zu den „allgemeinen Rechtsbegriffen teilweise zeitlich bedingten Inhalts" gehört. Nach Köhler wären demnach Zeiten denkbar, wo äußeren Tatumständen kein Einfluß auf das Bestehen der Schuld geschenkt wird, höchstens auf ihre Strafbarkeit. Andererseits wäre es aber auch möglich nur den psychisch reflektierten Umständen Einfluß auf die Vorwerfbarkeit zu gewähren. Und schließlich könnte man den äußeren Umständen Einfluß auf den Bestand der Schuld einräumen, ohne daß man darauf sieht, daß sie psychisch reflektiert sind. Der bestehenden Rechtsauffassung dürften wir nun am meisten gerecht werden, wenn wir die äußeren Tatumstände nicht nur bei der Rechtswidrigkeit, sondern auch bei der Vorwerfbarkeit berücksichtigen, ohne Rücksicht darauf, ob sie nun psychisch reflektiert sind.

Wenn wir daraufhin das Schrifttum überblicken, so konnten wir feststellen, daß ein Teil der Schriftsteller die Nichtzumut-

---

75) Maurach S. 138.

76) Köhler, Ger. Saal 95 S. 464.

barkeit als einen allgemeinen Schuldausschließungsgrund bereits de lege lata anerkennt, ein anderer wünscht sie nun de lege ferenda. Eine dritte Gruppe will von einem übergesetzlichen Schuldausschluß überhaupt nichts wissen. Andererseits will ein Teil dieser letzten Gruppe zwar die Nichtzumutbarkeit eines übergesetzlichen Schuldausschließungsgrundes bei der Fahrlässigkeit anerkennen, verneint dies aber bei vorsätzlichen Delikten.

Unsere nächste Aufgabe besteht nun darin, die Nichtzumutbarkeit im Verhältnis zu Vorsatz und Fahrlässigkeit zu prüfen und in den Streit und die Unklarheit, die gerade hier herrscht, etwas Klarheit zu bringen.

§ 4.

Die Nichtzumutbarkeit im Gebiete der Fahrlässigkeit.

Mezger[77]) bemerkt richtig, daß schon die Bestimmung der Fahrlässigkeit an sich die materielle Prüfung der Frage nahelegt, ob wir dem Täter, dem wir eine bestimmte Tat zum Vorwurf machen, ein anderes Verhalten als das von ihm eingeschlagene, hätten zumuten können. Es ist also nun zu prüfen, ob sich die Nichtzumutbarkeit als übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund aus der Fahrlässigkeit ableiten läßt, m. a. W. ob dann die Zumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens, wie Rittler[78]) meint, eine Voraussetzung der Fahrlässigkeit selbst sei, also bereits innerhalb des Fahrlässigkeitsbegriffs Berücksichtigung finde, sich also im Fahrlässigkeitsbegriff bestimmen ließe[79]).

Unbestritten ist, daß der Maßstab der Fahrlässigkeit ein individueller ist. Dies ist so zu verstehen, daß für den Täter

---

[77]) Mezger, Lehrbuch S. 371.

[78]) Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I Bd. S. 167.

[79]) Der gleichen Meinung sind auch Frank S. 137, 195 u. Marcetus S. 57, 59.

die Beobachtung der vernachlässigten Vorsicht entweder durch die Verkehrssitte oder durch Rechtssätze geboten sein mußte; außerdem mußte die gebotene Vorsicht vom Täter billigerweise erwartet werden können.[80]). Ebenso spricht sich das RGSt 58/30 aus: „Für die Feststellung eines fahrlässigen Verschuldens kommt es nicht bloß darauf an, daß der Täter den von ihm verursachten rechtswidrigen Erfolg bei Anwendung der nötigen Sorgfalt hätte voraussehen können und vermeiden müssen, sondern vor allem auch darauf, inwiefern er nach der besonderen Sachlage und seinen persönlichen Fähigkeiten zur Bestätigung einer solchen Sorgfaltspflicht überhaupt noch im Stande war."

Es ist durchaus richtig, wenn man wie es Mezger[81]) tut, der Übersichtlichkeit wegen die Pflichtbegründung zunächst allgemein nach den „objektiven" Umständen für den Täter in dieser Lage zu unterscheiden, um dann die „subjektiven" Verhältnisse dieses individuellen Täters noch genauer zu prüfen[82]).

Im folgenden gilt nun zu zeigen, daß die Zumutbarkeit mit der Fahrlässigkeit nicht verwandt ist; wir kommen erst zum richtigen Verständnis, wenn wir eine „Trennung der Schuldform vom Schuldausschließungsgrund"[83]) vornehmen.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung[84]) ist anerkannt worden, daß im Gebiete der Fahrlässigkeit die besonderen Schuldausschließungsgründe der §§ 52, 53 Abs. 3, 54 StGB nicht mit der Fahrlässigkeit zusammenfallen, sondern ihre schuldausschließende Wirkung selbständig entfalten.

Es ist das große Verdienst Schumachers den Fehler aufzudecken, den Freudenthal in seiner sonst so überzeugenden Schrift begangen hat: nämlich den Gedanken der Zumutbarkeit in die

80) Frank Komm. 195.

81) Mezger, S. 360.

82) Rittler z. B. will in der Fahrlässigkeit kein Moment pflichtwidrigen Wollens wissen S. 152 Anm. 2.

83) Mezger, S. 371.

84) RGSt 56/33. 58/27 ff (30).

Fahrlässigkeit einzubeziehen.[85]) Dagegen sprechen sämtliche Verschiedenheiten. Schumacher setzt mit seiner Kritik bei Freudenthals Feststellung ein: „die herrschende Meinung stelle zweierlei fest, objektiv ob der Täter die in concreto erforderliche Sorgfalt geleistet hat. Lautet die Antwort ja, so bedürfe es einer zweiten Feststellung nicht. Lautet die Antwort nein, so ist subjektiv zu prüfen, ob der Täter nach seiner gesamten Persönlichkeit imstande war, die Verwirklichung des Tatbestandes zu unterlassen". „Das Vermeidensollen setzt das Vermeidenkönnen voraus". (Ultra posse, nemo obligatur). Dagegen stellt Schumacher fest: „Das „Können", von dem die Wissenschaft und Judikatur allerdings feststellt: impossibilium nulla est obligatio, ist ein durchaus anderes als das von Freudenthal gemeinte Können." Er meint dieses „Können" habe einen zweifachen Sinn: das eine Mal soll es bedeuten: „du bist nach deinen Kräften und Anlagen und nach den äußeren Umständen fähig, den Erfolg zu vermeiden." Das andere Mal „es ist dir zuzumuten es zu tun". Dieses letztere Nichtkönnen bedeute also nicht das geistige und körperliche Nichtkönnen, sondern ein „Nicht-übers-Herz-bringen-Können". Bei der Fahrlässigkeitsbestimmung bedeute aber das „Vermeiden-Können", das im Sinn der herrschenden Lehre verstanden wird, ein „Erkennen-Können" oder doch jedenfalls ein „physiologisches Vermeiden-Können". Zu demselben Ergebnis kommt auch Engisch[86]) wenn er meint, das Vermeiden-Können kann nur als „physiologisches" Vermeiden-Können zu den Bestimmungsgründen der Sorgfalt gehören und durch sie zu den Bestimmungsgründen der Fahrlässigkeit, während man die „Zumutbarkeit" als etwas völlig verschiedenes von dieser und von der Pflichtfrage völlig trennen müsse. Mezger weist zwar darauf hin, daß auch das innere, seelische Vermeiden-Können und Nicht-Vermeiden-Können von der Pflichtfrage nicht völlig abgetrennt werden kann.

---

[85]) Schumacher S. 83 ff.

[86]) Engisch, S. 444.

Auch Schaffstein vertritt den gleichen Gedanken, daß eine anormale Motivationslage nicht nur die Befolgbarkeit des Motivierungsgebotes, sondern auch schon die Befolgbarkeit des jenem begrifflich vorausgehenden Vorsichtsgebotes beeinträchtigen und ausschließen könne. Nach ihm bezieht sich das Fahrlässigkeitsurteil auf die Befolgung des speziellen Vorsichtsgebotes, das Zumutbarkeitsurteil auf die Befolgung des generellen Motivierungsgebotes. Deshalb sei die Zumutbarkeit im technischen Sinn dieses Begriffes mit dem Fahrlässigkeitsbegriff, trotz dessen Normativität ebenso wenig untrennbar verknüpft wie mit dem Vorsatzbegriff.[87])

Wir können also feststellen, daß der Begriff der Zumutbarkeit dem Fahrlässigkeitsbegriff keineswegs immanent sein kann. Denn während das Können bei der Fahrlässigkeitsbestimmmung sich als ein „physiologisches Vermeiden-Könnnen", als ein Erkennen-Können darstellt, haben wir es bei der Zumutbarkeitsdoktrin, wie Köhler richtig betont, mit einem emotionellen Können zu tun. Unter Nichtzumutbarkeit haben wir also ein seelisches Nichtkönnen, ein Nichtkönnen aus inneren Hemmungen heraus, ein Nicht-übers-Herz-bringen-Können in der Terminologie Schumachers zu verstehen.[88])

Das Vermeiden-Können, das wir bei der subjektiven Fahrlässigkeitsbestimmung kennen gelernt haben, modiviziert die Sorgfaltspflicht. Gegebenenfalls schließt sie diese Sorgfaltspflicht aus. Von einer Zumutbarkeit können wir aber erst dann sprechen, wenn das Vorsichtsgebot aufrecht erhalten wird. Durch die Zumutbarkeit wird das Motivierungsgebot modiviziert.

Zur Verwirrung dieser Frage hat zweifellos das Reichsgericht[89]) beigetragen, in dem die höchstrichterliche Rechtsspre-

---

[87]) Schaffstein, S. 77.

[88]) Den gleichen Fehler wie Freudenthal hat auch Liepmann begangen ZStW 43/710. Ebenso will Dohna in der Zumutbarkeit ein konstitutives Merkmal der Fahrlässigkeit erblicken: ZStW 52/103.

[89]) RGSt 58/130 (134): „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die fahrlässige Nichthinderung der rechtswidrigen Handlung eines anderen

chung z. B. in RGSt 58/130 (134) und 59/286 den Zumutbarkeitsbegriff verwendet hat, um vor allem den normativen Charakter der Fahrlässigkeit zu bekräftigen, dann aber auch um das Vorsichtsgebot der Fahrlässigkeit näher zu umgrenzen und hervorzuheben.

Goldschmidt und Hegler haben die Zumutbarkeit als ein allgemeines normatives Schuldelement aufgefaßt und sie von dem besonderen normativen Merkmal des Fahrlässigkeitsbegriffes unterschieden und das normative Element der Zumutbarkeit neben die Fahrlässigkeit gestellt.

Schließlich meint Engisch, man würde dem Gedanken der Zumutbarkeit einen schlechten Dienst erweisen, wenn man völlig Heterogenes vereine: nämlich das physiologische Können mit der Zumutbarkeit.

Wir haben nun gesehen, daß Fahrlässigkeit und Zumutbarkeit nicht dasselbe sein kann. Inwiefern aber die Nichtzumutbarkeit im Gebiete der Fahrlässigkeit Anwendung findet, hat m. E. Engisch gezeigt, indem er den Unterschied zwischen „Fahrlässigkeit und Zumutbarkeit" richtig betonte. Er meint nämlich an den Grenzen der rechtlichen Pflicht bestehe eine Zwischenzone, innerhalb deren zwar das Recht von seiner Anforderung noch nicht förmlich Abstand nehme, aber doch die letzte Entscheidung, was die Verantwortlichkeit anlange, billigerweise dem Einzelnen überlasse. Ein Schuldvorwurf könne nun doch nicht aufrecht erhalten werden, wenn der Einzelne innerhalb diesen Grenzen den Wünschen der Rechtsordnung nicht ganz entsprochen habe. Denn dann kommt man zu dem Ent-

---

aber setzt voraus, daß der Unterlassende bei Anwendung derjenigen Sorgfalt, die ihm nach den Umständen des Falles und nach seinen persönlichen Fähigkeiten billigerweise zugemutet werden konnte, ... "

RGSt 59/286: „Es ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob der Betriebsinhaber bei Anwendung derjenigen Sorgfalt, die ihm nach den Umständen und seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten billigerweise zugemutet werden konnte, hätte voraussehen können, daß . . . . ".

schluß: ein anderes Verhalten konnte dem Einzelnen in dieser Lage nicht zugemutet werden. Es komme nun nicht so sehr auf eine scharfe begriffliche Grenzziehung als auf die Erkenntnis an, daß hier an den Grenzen der strafrechtlichen Schuld eine zweifache Betrachtungsweise obwalte.

§ 5.

Nichtzumutbarkeit im Gebiete des Vorsatzes.

Man hat sich bemüht die Einheitlichkeit der Schuldbetrachtung hier zu wahren und wollte konsequent bleiben, indem man nun der Nichtzumutbarkeit beim Vorsatz die gleiche Rolle zukommen lassen wollte, wie bei der Fahrlässigkeit.

An die Behandlung dieses Problems ging als erster Freudenthal heran. Sein Gedankengang ist ungefähr folgender: Es sei das bleibende Verdienst in Franks „Aufbau" innerhalb des Fahrlässigkeitsbegriffes den begleitenden Umständen die Kraft beigemessen zu haben, die Zumutbarkeit und damit die Fahrlässigkeit selbst auszuschließen. (Denn nach Franks Auffassung findet die Nichtzumutbarkeit innerhalb des Fahrlässigkeitsbegriffes Berücksichtigung). Daraus zieht nun Freudenthal den Schluß, wenn man bei der Fahrlässigkeit mangels normaler Begehungsumstände zu einer Verneinung der Schuld gelangt, weshalb sollte dann nicht die gleiche Beweisführung beim Vorsatz das gleiche Ergebnis zeigen, weshalb sollen auch beim Vorsatz diese von Frank verwendeten begleitenden Umstände die Zumutbarkeit oder Vorwerfbarkeit und damit die Schuld nicht ausschließen können. „Denn was der Fahrlässigkeit recht ist, sollte dem Vorsatz nicht unbillig sein". Ja, man könne darüber hinaus fragen, wie denn zur schwereren Schuld weniger zu fordern sei als zur leichteren. Bei der Fahrlässigkeit habe sich der Gedanke des Vermeiden-Könnens schon durchgesetzt, indem hier

nach der herrschenden Lehre objektiv die Verletzung der Sorgfaltspflicht und subjektiv die Fähigkeit des Täters, die Verwirklichung des Tatbestandes zu unterlassen, festgestellt werde. Dieser Gedanke müsse nun ebenso beim Vorsatz berücksichtigt werden, denn der Notstand könne nicht Grenze der Schuldlosigkeit bilden.

Zu demselben Ergebnis kommt auch Goldschmidt[90]), wenn er ausführt, daß die Frage entstehe, warum nicht auch bei Voraussicht der Möglichkeit des Erfolges Unzumutbarkeit des sich Bestimmenlassens von der Erfolgsvorstellung vorliegen könnte, wenn man die Unzumutbarkeit bei der Voraussehbarkeit, also bei der Fahrlässigkeit beachtet.

Mezger[91]) meint die Übertragung des Gesichtspunktes von der leichteren auf die schwerere Schuldform scheine ohne weiteres einzuleuchten: denn wenn schon gegenüber der milderen Form die Nichtzumutbarkeit entschuldigend durchgreife, so werde sie das erst recht gegenüber der schwereren tun müssen. Allerdings will Mezger bei der Anwendung des Satzes: „Was der Fahrlässigkeit recht ist, sollte dem Vorsatz nicht unbillig sein" weit größere Vorsicht walten lassen, als dies Freudenthal getan hatte. Denn seine Auffassung ist, daß die im Gebiet der Fahrlässigkeit gewonnenen Gesichtspunkte keineswegs ohne weiteres auf den Vorsatz übertragen werden dürften. Es könnte nämlich beispielsweise sehr wohl sein, daß dem Täter gegenüber einem als möglich vorausgesehenen, nicht gebilligten Erfolg (Fahrlässigkeit) die Preisgabe seiner Stellung nicht zugemutet werden könnte, während bei einem als sicher vorausgesehenen, schädigenden Erfolg (Vorsatz) eine solche Zumutung am Platze, der Schuldausschließungsgrund also nicht gegeben sei.

Liepmann[92]) hat sich zuerst gegen Freudenthals Lehre gewandt. Er bezweifle die Richtigkeit des argumentum a minore

---

90) Goldschmidt, Frank-Festgabe I S. 450.
91) Mezger, S. 373.
92) Liepmann ZStW 43/710.

ad maius, denn man könne die Nichtberücksichtigung des normativen Elementes beim Vorsatz im Gegensatz zur Fahrlässigkeit verstehen, jedenfalls aber dann, wenn man den allein richtigen und durchführbaren Gesichtspunkt der Willenstheorie zugrunde lege. Beim Vorsatz liege gewolltes strafbares Tun vor und es sei daher nicht verwunderlich, wenn man hier die Grenze der Entschuldigung wegen Unzumutbarkeit anderen Handelns enger ziehe als dann, wenn der strafbare Erfolg jedenfalls nicht unumstößlich fest gewollt sei. Wenn zwar beim Vorsatz gewolltes strafbares Tun vorliegt, so ist Liepmann gegenüber festzustellen, daß nicht immer ein pflichtwidrig gewolltes Tun vorliegen muß.

Auch Grünhut hat seine Bedenken gegen Freudenthal ausgesprochen[93]). Es bleibe zwar das Verdienst Franks die Vorwerfbarkeit als Kern der Strafrechtsschuld herausgearbeitet zu haben, aber das sei noch keine Entscheidung der Frage, ob beim Vorsatz das Gesetz mit ausnahmsloser Vollständigkeit die Fälle vorwerfbarer Willensbestimmung zu Tatbestandsverwirklichungen mit „Wille und Vorstellung" bestimmter Art vertypt habe bzw. vertypen solle, oder aber wie bei der Fahrlässigkeit die Feststellung der Pflichtwidrigkeit richterlichem Werturteil überlasse.

Weiter hat man vorgebracht, daß bei gleichen äußeren Bedingungen die gegenmotivierende Kraft eines Erfolges umso größer sein soll und daß von der Rechtsordnung ein Ablassen von dem einmal gefaßten Plan mit umso mehr Recht verlangt wird, je sicherer der Täter den Eintritt des Erfolges erwartet.[94]) In dem Maße, in dem also die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes größer ist, desto zumutbarer müsse generell ein anderes Handeln für den Täter sein; was demnach für die Fahrlässigkeit gilt, brauche also für den Vorsatz noch lange nicht richtig sein.

Das hat vor allem Freudenthals schärfster Kritiker, Schu-

---

[93]) Grünhut ZStW 47/502.

[94]) Ueber das Thyrén'sche Gesetz vgl. Großmann Grenze S. 33.

macher, zum Ausdruck gebracht.[95]) Er stellt zunächst fest, daß für Vorsatz und Fahrlässigkeit die Erfolgsvorstellung Gegenmotiv hätte werden sollen und können. Der Vorwurf gegen den fahrlässig handelnden Täter sei der Vorwurf der mangelnden Kausierungsvorstellung und der Vorwurf des sich Verschließens gegen die gegenmotivierende Kraft der Erfolgsvorstellung. Eine Handlung, deren schädlichen Erfolg man deshalb klar vor Augen sehe, weil man ihn in seiner schädlichen Gestalt gerade will, sei leichter vermeidbar. Das fahrlässige Handeln sei schwerer vermeidbar, weil der Handelnde das Mißgeschick, das ihm unbewußt in seiner Betätigung liege, nicht kenne oder weil er es abgelehnt habe, sich Gedanken über das Mißgeschick zu machen, da es seiner Ansicht nach doch nicht eintreten werde. Die Erfolgsvorstellung wirke desto eher gegenmotivierend, je größer die Überze gung des Handelnden von der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes sei. Von den beiden Rechtspflichten, die unserer Rechtsauffassung nach jedem oblägen: nicht fahrlässig und nicht vorsätzlich rechtlich geschützte Interessen anderer oder des Gemeinwesens zu verletzen, sei die Pflicht nicht fahrlässig zu schädigen, schwerer zu erkennen und sei schwerer einzuhalten. Bei der Fahrlässigkeit sei die Erzeugung seelischer Hemmungen viel matter als beim Vorsatz, da man den schädlichen Erfolg der Handlungen klarer vor Augen sähe, weil man ihn in seiner schädlichen Gestalt mit wolle.

Beim Vorsatz trete nun die Erfolgsvorstellung an den Täter heran und versuche sich bei ihm durchzusetzen. Bei der Fahrlässigkeit dagegen müßte der Täter die Erfolgsvorstellung selbst an sich heranbringen m. a. W. das Pflichtmotiv habe es hier schwerer die Oberhand zu erlangen. „Liege somit eine Sünde wider diese schwierige Pflicht für jedermann näher, so sind wir eher geneigt, die Zumutbarkeit des Nichtvermeidenkönnens einer Verletzung dieser Pflicht zu verneinen, daher auch sparsamer im Vorwurf." Dagegen könne die Verletzung einer so groben,

---

[95]) Schumacher, Um das Wesen einer Strafrechtsschuld S. 96 ff.

rechtlich so elementaren Pflicht: nicht absichtlich oder in Kenntnis der Tragweite des Handelns Rechtsgüter zu verletzen, weniger leicht auf ein Verstehen aus den Motiven und der besonderen Lage des Täters heraus rechnen. Je schwerer die Pflicht sei, desto eher gäbe es eine Möglichkeit ihrer Entschuldigung.

Schumacher will nun sagen, wenn Freudenthal annimmt, daß die Zumutbarkeit aus dem Wesen der Fahrlässigkeit stamme und nicht aus dem Oberbegriff Schuld, daß sich dann die Zumutbarkeit nicht ohne weiteres von der leichteren auf die schwerere Schuldform übertragen lasse. Mit einer derartigen Absicht habe sich bisher auch das Reichsgericht nicht getragen; im Gegenteil es habe die Zumutbarkeit nur zur näheren Umgrenzung der Sorgfaltspflicht verwendet.

Es bedarf keiner weiteren Erläuterung mehr, daß Freudenthals argumentum a minore ad maius unhaltbar ist. Wir dürfen uns aber deshalb nicht verwirren lassen. Im Gegenteil wir wollen in Übereinstimmung mit Freudenthal feststellen, daß die Zumutbarkeitsfrage bei Vorsatz und Fahrlässigkeit eine gleichmäßige Lösung finden muß, wenn wir die Einheitlichkeit der Schuldbetrachtung aufrecht erhalten wollen. Deshalb dürfen wir die Notwendigkeit der normativen Betrachtung nicht auf die Fahrlässigkeit beschränken, sondern müssen sie darüber hinaus auch für das Gebiet des Vorsatzes anerkennen. Wir haben gesehen, daß die Zumutbarkeit sich nicht aus dem Fahrlässigkeitsbegriff ableiten ließ, sondern aus dem Schuldbegriff. Wenn wir die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund bejahen wollen, so müssen wir auch dann die Konsequenzen ziehen und mit Goldschmidt, die Zumutbarkeit als das normative, das die Tat wertende Schuldelement auch neben den Vorsatz, als die psychologische Beziehung des Täters zu seiner Tat stellen. Der Vorsatz enthält die Vorstellung, daß eine Willensbetätigung einen vom Gesetz verbotenen Erfolg herbeiführen oder daß die Nichtbetätigung einem vom Gesetz gebotenen Erfolg nicht herbeiführen werde. Der Täter muß sich durch die Vorstellung,

daß seine Willensbetätigung einen rechtlich verbotenen Erfolg herbeiführen wird, davon abhalten und durch die Vorstellung, daß seine Willensbetätigung einen rechtlich gebotenen Erfolg herbeiführen wird, dazu bestimmen lassen. Wenn der Täter sich durch die Erfolgsvorstellung nicht motivieren läßt, verletzt er die Pflichtnorm, „welche der den Erfolg verbietenden oder gebietenden Rechtsnorm korrespondiert".[96]) Handelt nun aber der Täter zwar bewußt in einem Notstand unter äußeren Umständen und kann ihm nach diesen nicht zugemutet werden sich dem Pflichtmotiv zu fügen, so ist seine Handlung entschuldigt. Zwar verstößt sein Verhalten gegen die objektive Rechtsnorm, aber die Macht der Pflichtnorm muß hier versagen, da dem Täter ein Entschuldigungsgrund zur Seite steht.

Es wurde nun darauf hingewiesen[97]), eine auf ein inneres Verhalten gerichtete Pflichtnorm könne neben der auf das äußere Verhalten gerichteten Rechtsnorm überhaupt keine selbständige Bedeutung haben. Die Rechtsnorm fordere ein äußeres Verhalten, müsse aber zugleich auch in dem Täter als Beweggrund wirksam werden, da ja die innere Willensbildung notwendige Ursache des äußeren Verhaltens sei. Zum Inhalt der Rechtsnorm muß demnach auch die Forderung nach einer entsprechenden inneren Willensbildung gehören. Wenn man aber diese Forderung durch Aufhebung der Pflichtnorm verneint, so wäre damit zugleich auch die Forderung, die ein bestimmtes äußeres Verhalten verlangt, aufgehoben, in Wahrheit also auch die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen.

Wir können jedoch diesen Einwand nicht billigen.[98]) Zunächst ist einleuchtend, daß jedes äußere Verhalten Ursache einer inneren Willensbildung ist. In der Regel werden nun bei strafbaren Handlungen beide von der Rechtsordnung mit einem Ta-

---

[96]) Goldschmidt S. 33.

[97]) v. Weber: Notstandsproblem S. 8 — ähnlich Baumgarten: Aufbau der Verbrechenslehre S. 237 Anm. 48.

[98]) Vgl. hierzu Henkel, die Rechtsnatur des Notstandes S. 70

del belegt: Die Tat ist rechtswidrig und schuldhaft. Nun können wir uns doch genug Fälle denken, in denen der Täter zwar durch sein äußeres Verhalten gegen die Rechtsordnung verstößt, ohne daß wir aber die Willensbildung, die die Ursache für ein solches Verhalten war, tadeln könnten. In diesen Fällen ist dann die Tat rechtswidrig, aber gegen den Täter können wir keinen Schuldvorwurf erheben. Wir halten nun aber die Pflichtnorm aus dem Grunde nicht aufrecht, weil wir dem Täter unter bestimmten Umständen unter dem übermächtigen Eindruck, den die Gefahr ihm bot, keinen Vorwurf machen können, daß er sich nicht von ihr hat motivieren lassen. Wenn wir aber die Pflichtnorm aufheben, dann verneinen wir auch die Schuld.

Betrachtet man also die Zumutbarkeit als selbständiges normatives Schuldelement, dann läßt die Nichtzumutbarkeit den rein psychologischen Vorsatz völlig unberührt.

§ 6.

Reichsgericht und Nichtzumutbarkeit.

1. Bei fahrlässigen Delikten.

Es ist nun im folgenden die Untersuchung anzustellen, ob die höchstrichterliche Rechtsprechung über die Grenzen der Sorgfaltspflicht hinaus die Nichtzumutbarkeit als allgemeinen Schuldausschließungsgrund hat anerkennen wollen. Im Kampfe gegen und für die Anerkennung der Nichtzumutbarkeit wurden immer wieder im wesentlichen die Entscheidungen in Bd. 30/25 (der schon unvermeidliche Leinenfängerfall), Bd. 36/76 (behandelt die fahrlässige Tötung der Tochter durch den Vater, der von der Unterbringung des Mädchens in ein Krankenhaus Abstand nahm und dies trotz besserer Einsicht auf Bitten seiner Angehörigen tat), Bd. 36/340 (Verneinung des Verschulden des Notstandes bei ehelichem Verkehr ohne daß Empfängnisver-

hütungsmittel angewandt wurden) und Bd. 58/26 (Verletzung eines Dritten bei Notwehrhandlung[99])).

Das Urteil im sog. Leinenfängerfall (RGSt 30 25), wo dem Angeklagten nach Lage der konkreten Verhältnisse nicht „zugemutet" werden konnte, durch eine Weigerung der gefährdenden Handlung „seine Stellung und sein Brot zu verlieren", wird vor allem von Frank, Goldschmidt, Freudenthal, Marcetus, Mezger, Lobe und Siegert gebilligt.

Auf Schaffstein[100]), der zugibt, daß man das Urteil des Leinenfängerfalles nur im Sinne einer Anerkennung des Zumutbarkeitsgedankens auffassen könne, wird noch zurückzukommen sein. Ähnlich spricht sich Grünhut[101]) aus.

Schumacher[102]) ist der Auffassung, die Entscheidung spreche den Täter nicht frei mit der Begründung: durch die besondere Lage brauche er sich nicht der motivierenden Gewalt der Erfolgsvorstellung zu beugen, sondern durch die besondere Lage brauche er die Vorstellung des Erfolges alsbald eintretend nicht auf sich wirken zu lassen. „Nicht die „Zumutbarkeit der Tat" kann bei der Fahrlässigkeit zur Ablehnung der Schuld führen, sondern die Nichtzumutbarkeit einer vorerst völlig strafrechtlich unerheblichen Gefährdungshandlung."

Mayer[103]) stellt diese Entscheidung als Ausdruck erlaubten Verkehrsrisikos fest. Er stimmt daher sachlich mit der Risikolehre Bindings[104]) überein, die sagt: „Je unentbehrlicher eine Handlung im Rechtssinn ist, desto größer ist das Risiko, das ohne rechtliche Mißbilligung bei ihr gelaufen werden kann." Mit dieser Risikoabstufung soll eben die Zwangslage des Täters berücksichtigt werden.

---

[99]) RGSt 32/222; 38/411; 39/5 und 52/33 werden von Freudenthal als Ansätze der Nichtzumutbarkeit betrachtet.

[100]) Schaffstein S. 77.

[101]) Grünhut: ZStW 51/467.

[102]) Schumacher S. 106.

[103]) M. E. Mayer, Lehrbuch S. 252.

[104]) Binding, Normen Bd. IV 2. Aufl. II, 440.

Eb. Schmidt[105]) nimmt Freispruch wegen Nichtzumutbarkeit anderen Verhaltens an.

Der Streit bei Auslegung dieser Entscheidung läßt unzweideutig erkennen, daß man teils bewußt teils unbewußt mit den Grenzwerten des „Könnens" und des „Nicht-übers-Herz-bringen-Könnens" sich auseinandersetzte. RGSt 30/28 sagt: „Hiernach war zu erwägen, ob dem Angeklagten als Pflicht zugemutet werden könnte, eher dem Befehl seines Dienstherrn zu entziehen und den Verlust seiner Stellung auf sich zu nehmen als durch Benutzung des ...... Pferdes ...... bewußterweise die Möglichkeit der körperlichen Verletzung eines anderen zu setzen.

Maurach[106]) meint nun, an diese Stelle anknüpfend, daß die für die Annahme eines übergesetzlichen Schuldausschlusses sprechende Kommentatur dem ihrer Auffassung nach maßgebenden Wortlaut der Entscheidung einen Sinn unterlege, der im Widerspruch zu den sonstigen Ausführungen des höchsten Gerichtes in dieser Sache stehe. Nach ihm sei nun ein „Nicht-übers-Herz-bringen-Können" anderen, nämlich ungefährlichen Handelns und die Entschuldigung dieser fehlenden Widerstandskraft durch das Reichsgericht wohl kaum die Ursache eines Freispruches gewesen.

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß das Reichsgericht in Bd. 67/18 seinen Standpunkt unzweideutig zum Ausdruck gebracht hat, daß dem Täter Fahrlässigkeit nur dann zugemutet werden könne, wenn 1. feststeht, daß er die Sorgfalt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und im Stande war, außer Acht gelassen hat und daß er infolgedessen entweder den Erfolg, den er bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt hätte voraussehen können, nicht vorausgesehen hat — unbewußte Fahrlässigkeit — oder den Eintritt des Erfolges zwar für möglich gehalten, aber darauf vertraut hat, er werde nicht eintreten —

---

105) Liszt-Schmidt 278 Nr. 11/12.

106) Maurach S 142.

bewußte Fahrlässigkeit (vgl. RGSt 56/343, 349; 58/130, 134) und wenn 2. weiter feststeht, daß keine besonderen Umstände vorliegen, die ein anderes Verhalten trotz Voraussehbarkeit oder Voraussicht der Möglichkeit des tatbestandsmäßigen Erfolges als nicht zumutbar erscheinen ließen (RGSt 30/25; 36/78; 57/172).

Das Reichsgericht hat also selbst deutlich genug den Unterschied zwischen der psychologisch-physiologischen Zumutbarkeit der gebotenen Sorgfalt und der emotionellen Zumutbarkeit als einen Entschuldigungsgrund zum Ausdruck gebracht. Dabei hat es die Entscheidung in Bd. 30/25 unter der emotionellen Nichtzumutbarkeit aufgeführt wissen wollen.

Es ist also durchaus richtig, wenn das Reichsgericht in Bd. 30/25 zu dem Ergebnis kommt, daß eine fahrlässige Handlung deshalb nicht vorgelegen habe, weil sich diese Handlung trotz Voraussehbarkeit des Erfolges im Rahmen des normalen Verkehrsrisikos gehalten habe.[107]) Das Reichsgericht hat sich hier die Auffassung Bindings[108]) zu eigen gemacht, daß ein Handeln im Rahmen dieses Risikos keine Fahrlässigkeit bedeuten könne. Das Reichsgericht hat nun aber zu dem üblichen Risiko, das sich als objektiver Handlungswert darstellt auch die Zwangslage des Täters (als subjektive Momente) herangezogen. Es ist weiter zu dem Ergebnis gekommen, daß eine solche Risikohandlung nur dann strafbar sein könne, wenn ihre Vornahme „im gegebenen Fall eine Nichterfüllung desjenigen Maßes von Rücksicht auf das Allgemeinwohl in sich schließe, dessen Prästierung von dem Handelnden billigerweise gefordert

---

[107]) Das Reichsgericht sagt hier ausdrücklich: „wollte man den Satz aufstellen, es müsse zur Vermeidung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit jede Handlung unterlassen werden, bezüglich deren die Möglichkeit gegeben und vorhersehbar ist, das was für einen rechtswidrigen Erfolg kausal werden kann, so würde dies zu Konsequenzen führen, deren Unvereinbarkeit mit den bestehenden Lebensverhältnissen und den Bedürfnissen des Verkehrs offensichtlich ist.

[108]) Binding, Normen Bd. IV, 2. Aufl. II, 440.

werden darf". Das Reichsgericht ist auch im Rahmen der Entscheidung in Bd. 67/18 geblieben, denn es meint mit der gebotenen Sorgfalt des üblichen Verkehrsrisikos das psycho-physische Können und mit der Erfüllung des Motivierungsgebotes das emotionelle Können der Zumutbarkeitsdoktrin. Es ist also das Fahrlässigkeitsurteil, das sich auf die Befolgung des speziellen Vorsichtsgebotes bezieht, scharf zu trennen von dem Zumutbarkeitsurteil, das sich auf die Befolgung des generellen Motivierungsgebotes bezieht.

Die Entscheidung in Bd. 36/76 behandelt den Fall, wo eine fahrlässige Tötung der Tochter durch den Vater vorliegt und zwar dadurch, daß er trotz besserer Einsicht auf Bitten seiner Angehörigen die Unterbringung des Mädchens in ein Krankenhaus unterlassen hat. Diese Entscheidung ist scharf nach zwei Richtungen hin beurteilt worden.

Freudenthal[109]) zieht aus der Entscheidung den Rückschluß, daß das Reichsgericht dort Fahrlässigkeit verneine, wo ethische Rücksichten in Verbindung mit Unentschlossenheit dem Täter die Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung unmöglich gemacht haben und daß auf ethischen Gründen beruhende Hemmungen (das Nicht-übers-Herz-bringen-Können) des Vaters seine Fahrlässigkeit beseitigt haben. Marcetus billigt diese Ausführungen ausdrücklich.

Schumacher[110]) dagegen meint, Freudenthals Rückschlüsse ergäben sich aus einer zu summarischen Behandlung. Das Reichsgericht stelle es auf die Frage nach der Pflichtwidrigkeit deshalb ab, weil es sich um eine Unterlassung handelt. Das Reichsgericht prüfe daher methodisch folgerichtig, nachdem es die Kausalität der verspäteten Unterbringung in das Krankenhaus für den Tod der Tochter bejaht hat, ob eine Rechtspflicht des Vaters zum Handeln bestanden habe. Diese Frage wird auch grundsätzlich aus § 1627 BGB bejaht und es wird nun die

---

109) Freudenthal S. 13.
110) Schumacher S. 101/102

Frage aufgeworfen, ob eine solche Rechtspflicht im konkreten Falle aufgehoben worden sei. Das Reichsgericht ist nun der Ansicht, daß der materielle Gehalt dieser Rechtspflicht in einer durch das Familienband begründeten ethischen Pflicht wurzle, nämlich „dadurch, daß diese Fürsorgepflicht eine gewisse rechtliche Regelung erfahren hat, ist weder ihr materieller Inhalt, noch die Pflicht selbst ihrem eigenen ursprünglichen Gebiet, dem der Ethik entrückt".

Maurach[111]) will nun Freudenthal nur so weit Recht geben, als das Reichsgericht die Entscheidung auf die ethische Billigung der Motive des Vaters abstelle. Damit führe aber kein Weg zum ethischen Verschulden oder zur Anerkennung der (ethischen) Nichtzumutbarkeit anderen Verhaltens. Er meint, wenn der § 1627 BGB materiell auf ethischem Gebiete beruhe, so könne auch die durch ihn legitimierte Pflicht durch ethische Gegengründe parallelisiert werden. Ein Entfallen einer Pflicht beseitige aber die Rechtswidrigkeit der Unterlassung; damit stimmt er mit Schumacher überein.

Auch Schaffstein[112]) kommt zu dem Ergebnis, daß das Reichsgericht durch den Gedanken der Zumutbarkeit nicht das aus § 222 StGB sich ergebende allgemeine Motivierungsgebot, sondern die zur Strafbarkeit der Unterlassung erforderliche objektive Rechtspflicht zum positiven Tun, die sich aus § 1627 BGB ergibt, habe beschränken wollen. Die Straflosigkeit beruhe deshalb in diesem Falle nicht auf einem Fehlen der Schuld, sondern auf einem Mangel der Tatbestandsmäßigkeit.

Demgegenüber ist aber festzustellen, daß das Reichsgericht in der schon oben erwähnten Entscheidung in Bd. 67/18 auch diesen Fall eindeutig wegen Unzumutbarkeit anderen Verhaltens hat entschieden wissen wollen.

Wenn das Reichsgericht deshalb zu diesem Ergebnis gekommen ist, da der emotionelle Gehalt dieser Rechtspflicht in

---

111) Maurach, S. 144.
112) Schaffstein, S. 16.

einer durch das Familienband begründeten ethischen Pflicht wurzle, so entschuldigt es eben den Vater „aus Beweggründen, die das Sittengesetz billigt". Deshalb nehmen Schmidt und Mezger wegen Unzumutbarkeit anderen Verhaltens einen übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund an.

Eine weitere Entscheidung ist die in Bd. 36 340, wo das Reichsgericht das Verschulden des Notstandes bei ehelichem Verkehr ohne Empfängnisverhütungsmittel verneint. Diese Entscheidung bezieht sich zwar nicht auf die Schuld als Strafbarkeitsvoraussetzung, sondern beschränkt sich darauf, den Begriff des „Verschuldens" innerhalb des strafrechtlichen Notstandes des § 54 StGB abzugrenzen. Das Reichsgericht begründet den Mangel des Verschuldens mit dem Fehlen der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens und dieses mit der Nichtzumutbarkeit absolut geschlechtlicher Enthaltung unter Eheleuten.

Maurach[113]) bezweifelt es, wenn Schaffstein annimmt, daß diese Entscheidnng den Versuch allgemeiner Schuldbegrenzung unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit darstelle; er möchte sich jedenfalls mit dem Wort „Zumutbarkeit" nicht zu einer solchen Annahme verleiten lassen.

Zu einer größeren Diskussion gab die Entscheidung in Bd. 58/27 Anlaß. So will v. Hippel[114]) die Handlung des Überfallenen, der auch auf die nichtangreifende Frau einschlägt, als einen Fall erlaubten Notstandes auffassen. Er bejaht deshalb die Rechtmäßigkeit der Handlung und befaßt sich nicht weiter mit der Schuldfrage. Schmidt[115]) und Mezger[116]) wollten scheinbar konsequent bleiben und sehen in der Entscheidung eine Unzumutbarkeit anderen Verhaltens. Dagegen stellten Engisch[117]) und Schaffstein[118]) fest, daß die Fahrlässigkeit hier wegen

---

[113]) Maurach, S. 145

[114]) v. Hippel, II. 197 u. 210

[115]) Litsz-Schmidt 279 Note 15

[116]) Mezger S. 372

[117]) Engisch 423, 424

[118]) Schaffstein S. 16, 74.

Nichterkennenkönnens der Handlungsfolgen durch den Täter ausgeschlossen werde. Mit Recht haben sie festgestellt, daß die Ablehnung der Fahrlässigkeit hier nicht auf „Unzumutbarkeit" im technischen Sinne dieses Begriffs zurückzuführen ist, sondern daß hier die Fahrlässigkeit bereits wegen Unzumutbarkeit der Befolgung des Vorsichtsgebotes verneint wird. Zwar wird auf den Leinenfängerfall ausdrücklich verwiesen, doch ist die Sachlage beim Leinenfängerfall „eine bewußte Inkaufnahme des dem Täter erkennbaren Verkehrsrisikos", in Bd. 58/27 jedoch „eine Überrumpelung des Angegriffenen der blindlings zum Handeln genötigt wird"[119]. Goldschmidt[120]) hat klar erkannt, daß das Reichsgericht hier die Fahrlässigkeit wegen Unzumutbarkeit der Befolgung des Vorsichtsgebotes verneint habe, beim Leinenfängerfall dagegen die Fahrlässigkeit wegen Unzumutbarkeit der Befolgung des Motivierungsgebotes.

Abschließend ist also zu sagen, daß das Reichsgericht den Gedanken der Unzumutbarkeit wegen anormaler Motivationslage in steigendem Maße[121]) bei fahrlässigen Delikten auch in neueren Entscheidungen verwendet hat. Die Entscheidung in Bd. 67/12 ff. ist nicht bloß prima facie ein konzessionsloses Bekenntnis zu der bisher eingehaltenen Linie in der Anerkennung übergesetzlichen Schuldausschlusses[122]), sondern das Reichsgericht hat hier deutlich genug seinen nunmehrigen Standpunkt zum Ausdruck bringen wollen.

2. Bei vorsätzlichen Delikten.

In der Literatur sind vor allem die Entscheidungen in Bd. 58/97; 58/226; 60/101; 63/233 besprochen worden.

---

[119]) Maurach S. 146

[120]) Goldschmidt, Frank-Festgabe I 449

[121]) Vgl. Schaffstein S. 17

[122]) Wie Maurach annimmt S. 146. Sein Fehler liegt eben darin, daß er immer nur das objektive Verkehrsrisiko entscheiden läßt und subjektive Momente von vornherein bei allen Entscheidungen ablehnt.

Bei den Entscheidungen in RGSt 58/97 und 58/226 hat das Reichsgericht den Ehemann von der Anklage der Kuppelei freigesprochen und hat sein Urteil damit begründet, daß die Drohungen der Unzucht treibenden Ehefrau mit „ehelichen Auftritten" nicht nur aus dem Gesichtspunkt des § 52 zu bemessen sei, sondern es hat entschieden, daß die Unterlassung des Einschreitens nur dann strafbar sei, wenn dem Ehemann ein solches zugemutet werden könnte. Diese Entscheidung wird von Mezger[123]) und Goldschmidt[124]) ausdrücklich gebilligt. Ja Goldschmidt meint sogar, es sei verlorene Liebesmüh, wenn Schuhmacher nachzuweisen versucht, daß das Reichsgericht die Unzumutbarkeit nur gegenüber dem Vorwurf der Fahrlässigkeit als Entschuldigungsgrund anerkenne. Es wäre auch dem ganzen Entwicklungsgang den die Rechtssprechung des Reichsgerichts in neuester Zeit genommen hat zuwider, wenn das Reichsgericht „übergesetzliche" Rechtfertigungsgründe aber nur gesetzlich „typisierte" Entschuldigungsgründe anerkennen wollte. Auch Kitzinger[125]) setzt sich entschieden dafür ein, daß dem Urteil in Bd. 58/97 der Gedanke der Nichtzumutbarkeit als Entschuldigungsgrund bei vorsätzlichem Tun zu Grunde liegt.

Nicht so wohl gesinnt stehen Wachinger[126]) und Schaffstein[127]) dieser Auslegung gegenüber. Letzterer betont, es trete zwar in diesen Entscheidungen nicht nur durch den äußerlichen Gebrauch des Wortes „Zumutbarkeit", sondern auch durch die inhaltliche Bedeutung, in der es verwendet wird, eine gewisse Annäherung an die Gedanken der modernen Zumutbarkeitsdoktrin zutage. Doch könne hier von einer Anerkennung der generellen schuldausschließenden Wirkung der Unzumutbarkeit keine Rede sein. Wachinger hat nun mit Nachdruck hervorge-

---

123) Mezger S. 373
124) Goldschmidt, Frank-Festg. I, 452
125) Kitzinger, JW 1933 S. 405 ff.
126) Wachinger, Frank-Festg. I, 495 f.
127) Schaffstein, S. 12

hoben, daß nach ständiger Rechtssprechung über die Begehung durch Unterlassung eine für einen rechtswidrigen Erfolg ursächliche Unterlassung nur dann rechtswidrig sei, wenn eine besondere Rechtspflicht zur Verhinderung nachgewiesen werden kann. Eine solche Rechtspflicht könne zu einem aus einer gewissen Rechtsstellung sich ergebenden Pflichtenkreis gehören. § 1351 BGB sei nun dahin ausgelegt worden, daß unter den in Frage stehenden Umständen eine Rechtspflicht des Ehemanns zur Verhinderung der Unzucht seiner Frau nicht angenommen werden könne. Damit sei aber in Wirklichkeit schon die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Ehemanns verneint; damit entfällt also nicht erst die Schuld, sondern schon die Rechtswidrigkeit.

Grünhut[128]) und Drost[129]) vertreten ungefähr dieselbe Ansicht. Die Begründung dieser Kritik an den Entscheidungen durch Wachinger und Schaffstein sind zwar rechtlich vertretbar, doch werden sie dem Wortlaut der Entscheidungen nicht gerecht.[130])

Die Entscheidung in RGSt 60/101 und 63/233 haben eine andere Auslegung erfahren. Diese beiden Entscheidungen bejahen die Straflosigkeit der Selbstbegünstigung nach § 257 StGB, denn es sei dem in der Strafdrohung des § 257 ausgesprochenem Verbot da eine Grenze gezogen, wo dem Handelnden „nicht mehr zugemutet werden kann, dem Verbote Folge zu leisten," sofern er sich sonst selbst der Gefahr einer Bestrafung aussetzen würde. Der Strafausschluß kann hier nicht auf einem Mangel der Tatbestandmäßigkeit, insbesondere nicht auf das Nichtzutreffen des § 257 gestützt werden. Das Reichsgericht spricht sogar ausdrücklich in Bd. 60/103 f von dem „Vorliegen des Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgrundes, der dem Täter gegenüber dem gesetzlichen Verbot zur Seite steht", während nun gleichzeitig der Vergleich mit § 54 StGB die

---

128) Grünhut, ZStW 51/467

129) Drost, Goltdhammer Archiv Bd. 77/79

130) So auch Maurach S. 140

Entscheidung für die erste Möglichkeit dieser Alternative naheliegt.

Wenn wir auch zugeben, daß in diesen beiden Entscheidungen, die wir sachlich durchaus billigen können, die Frage der Tatbestandsmäßigkeit und die des Schuldausschließungsgrundes nicht immer mit voller Deutlichkeit getrennt ist und daß zwar eine eindeutige Entscheidung über die systematische Stellung dieses Strafausschließungsgrundes nicht vorliegt, so ist aber doch bemerkenswert, daß gerade Schaffstein[131]), einer der schärfsten Gegner der Nichtzumutbarkeit hier zugeben muß, daß nach der reichsgerichtlichen Rechtssprechung die Unzumutbarkeit des Unterlassens der Selbstbegünstigung als ein Entschuldigungsgrund anzusehen ist, jedoch beschränke dieser Entschuldigungsgrund nur das aus § 257 StGB folgende Motivierungsgebot, habe also nur als spezieller Entschuldigungsgrund für die Begünstigung Geltung.[132])

Höchst erfreut, wie es scheint, zitiert nun Maurach[133]) die Entscheidung in Bd. 66/397 und glaubt, daß der „klärende Blitzschlag dieser Entscheidung" doch nun endgültig „mit dem Spuk der Unzumutbarkeitslehre bei vorsätzlichen Taten" anfgeräumt habe. Zwar hat hier das Reichsgericht deutlich ausgesprochen, daß aus den Entscheidungen des RGSt 58/97, 60/101, 63/233 nicht die Anerkennung eines übergesetzlichen Entschuldigungsgrundes der Nichtzumutbarkeit bei vorsätzlichen Straftaten abgeleitet werden darf (das Reichsgericht verweist auf Wachinger

[131]) Schaffstein, S. 13.

[132]) Maurach bringt die Entscheidung vom 2 7.1933, wo das Reichsgericht einen Fall der unterlassenen Verbrechensanzeige bei Gefahr der Selbstbegünstigung abzuurteilen hatte und hier die klare Fassung gab, die bei Bd. 60/101 und 63/233 nach seiner Meinung noch vermißt werden mußte und hier die Strafbarkeit aus objektiven Gründen verneinte und zwar weil bei dem Angeklagten, der in das nicht angezeigte Verbrechen verwickelt war, eine solche die Anzeigepflicht beseitigende Sachlage gegeben gewesen sei.

[133]) Maurach, S. 139.

Frank-Festgabe Bd. I, 491—496 und Grünhut ZStW Bd. 51/466, 467). „Der erkennende Senat vertritt vielmehr im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Vorschriften über die Schuldausschließungsgründe den Standpunkt, daß nach geltendem Recht dem Täter bei vorsätzlichen Straftaten andere als die im Gesetz umschriebenen Entschuldigungsgründe nicht zugebilligt werden können".

Das Reichsgericht hat sich in dieser Entscheidung allerdings sehr ablehnend gegenüber der Nichtzumutbarkeit bei vorsätzlichen Deliktstatbeständen ausgesprochen.

Wenn nun aber Maurach meint, das Reichsgericht habe über den übergesetzlichen Schuldausschluß bei vorsätzlichen Delikten endgültig die Akten geschlossen, so war er etwas voreilig, denn dieser „Spuk" ist allerdings bereits in Bd. 67/310 (315), ebenso in Bd. 69/267 wieder aufgetaucht. Das Reichsgericht trifft hier die Entscheidung, daß, wenn man zwar auch eine Rechtspflicht der Eltern, einen volljährigen Sohn an der Ausübung der Unzucht in der Wohnung, die er von ihnen gemietet hat, anerkennen wollte, „es nach den besonderen hier gegebenen Verhältnissen dem Angeklagten als Vater nicht zuzumuten war, gegen seinen erwerbslosen Sohn auf gerichtlichem Wege vorzugehen und ihn seiner Unterkunft zu berauben oder gar ihm durch Veranlassung polizeilichen Einschreitens weitere Ungelegenheiten zu bereiten". In Bd. 69/267 führt das Reichsgericht aus, daß es nur bedingt richtig sei, wenn das Oberkriegsgericht meint, „der Soldat dürfe den Vorgesetzten im Notwehrfall nur angreifen, wenn kein anderes Mittel vorhanden sei, um zu seinem guten Recht zu kommen. Hinzuzusetzen ist vielmehr: Oder wenn ihm die Anwendung eines anderen Mittels nach der ganzen Sachlage ohne Preisgabe berechtigter Interessen, namentlich auch mit Rücksicht auf seine soldatische Ehre, trotz der Achtung vor der Stellung des Vorgesetzten nicht zuzumuten ist."

Wir dürfen also damit diese Betrachtung schließen und mit Mezger feststellen, daß der übergesetzliche besondere Schuldaus-

schließungsgrund der Nichtzumutbarkeit auch im Gebiet des vorsätzlichen Handelns anerkanntes Recht sei.

§ 7.

Nichtzumutbarkeit und Analogie.

Nachdem wir den Stand der Lehre und die Stellung des Reichsgerichts dargelegt haben, soll nun der Versuch gemacht werden, die Nichtzumutbarkeit aus einem anderen Gedankengang heraus zu entwickeln und auch dadurch die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund zu bestätigen. Wir wollen hier die Nichtzumutbarkeit aus dem gesetzlichen Strafrahmen entwickeln, wie dies auch Herzbruch[134]) unternommen hat und wollen diesen Gedanken weiter entwickeln und sehen, daß wir ihn gerade durch die Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 35 weitgehendst unterstützen können, weshalb Maurachs Vorwurf, es wäre bedauerlich zu welchen Entgleisungen man hier käme, absolut unberechtigt ist.

Wir gehen zunächst von der richterlichen Bewertung der Tat aus, denn davon hängt ja die Bestrafung und die Höhe der Strafe ab. Das Gesetz droht und spricht eine Strafe dann aus, wenn sich ein gewöhnlich gegebener Sachverhalt unter die Haupt- und Artmerkmale des Verbrechenstatbestandes subsumieren läßt[135]). Nun sind aber die einzelnen abzuurteilenden Sachverhalte (die wir als die gewöhnlichen bezeichnen) so verschieden voneinander, daß sie wieder eine verschiedene gerichtliche Bewertung erfordern. Dem hat auch der Gesetzgeber weitgehendst Rechnung getragen, indem er in der Regel keine be-

---

134) Herzbruch, die Zumutbarkeit der Verbotsbefolgung als Bedingung der Strafbarkeit.

135) Vgl. Köhler, Ger. Saal 95 S 461 ff. Hegler ZStW 36 Seite 214 ff. Frank, Aufbau S. 530.

stimmt bemessene Strafe androht, sondern nur den Strafrahmen festlegt, in dessen weiten Grenzen nun das erkennende Gericht strengere oder mildere Strafen verhängt, je nachdem es den jeweiligen begleitenden Sachverhalt würdigt.

Nun hat aber unser Strafgesetzbuch durch die Novelle vom 28. 6. 1935 bereits eine tiefgreifende Änderung erfahren. Sie hat § 2 StGB grundlegend umgestaltet. Darnach wird nun bestraft „wer eine Strafe begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanken auf sie am besten zutrifft." Damit ist der Regel nulla poena sine lege der Boden entzogen und hat zu einer Erweiterung des richterlichen Ermessens geführt. Doch darauf ist im späteren Zusammenhang noch zurückzukommen. Hier interessiert uns zunächst vor allem die Bedeutung, die § 2 n. F. für die Strafzumessung erhalten hat.

Besonders Dahm[136]) weist darauf hin, daß gerade hier das neue Rechtsdenken als lebenswirkliches Denken zum Verzicht auf schematische Bindungen und abstrakte Regeln und zur individualisierenden Anpassung der Strafe an die konkrete Lebenswirklichkeit des einzelnen Falles und der einzelnen Täterpersönlichkeit dränge. Erweiterung der Strafrahmen und Bereicherung unseres armseligen Strafensystems seien unumgänglich. Wenn Dahm andererseits hervorhebt, daß sich gerade in der Strafzumessungspraxis die Klarheit und Entschiedenheit der neuen kriminal-politischen Zielsetzung und die Eindeutigkeit der neuen Wertordnung zeigen muß, so ist nicht entscheidend die Bindung des Richters durch gesetzliche Richtlinien. Der Richter darf schon heute, nachdem das Analogieverbot gefallen ist, bei der Strafzumessung nicht einseitig auf die Tat sehen. Ein reines, wenn auch durch den formellen Schuldgedanken modifiziertes

---

[136]) Dahm, Deutsches Strafrecht Bd. I, S. 94.

Tatstrafrecht widerspreche der Grundauffassung des neuen Staates, der nicht so sehr den Inbegriff einer objektiven Normenordnung darstelle, wie die Lebensform einer völkischen Gemeinschaft, zu der die Persönlichkeit des Täters in Beziehung zu setzen sei. Nur die verschuldeten Folgen der Tat könnten in gewissem Umfang in Rechnung gestellt werden und müßten die Entscheidung jedenfalls dann beeinflussen, wenn man den Gedanken des Gefährdungsstrafrechts anerkenne.[137]) Denn das Maß der Gefährdung sei unter Umständen von der Höhe des angerichteten Schadens abhängig, vor allem dann, wenn man nicht die Gefährdung des einzelnen Rechtsguts ins Auge fasse, sondern die Gesamtordnung, den Volksfrieden schlechthin als Gegenstand des Strafrechtsschutzes verstehe. Wenn der Richter die Beeinträchtigung des Volksfriedens und die Beunruhigung der Allgemeinheit gerade durch die Schwere des äußeren Erfolges im Einzelfalle feststelle und die Strafzumessung darnach gestalte, so befinde er sich durchaus im Einklang mit den rechtspolitischen Grundgedanken des nationalsozialistischen Strafrechts.

Andererseits muß aber das Gericht bei der Strafzumessungsentscheidung auch ein zutreffendes Urteil über die Persönlichkeit

---

[137]) Die Preußische Denkschrift stellt sich auf den Boden des Willensstrafrechts. Die Denkschrift bekennt sich aber gleichfalls zum Gefährdungsstrafrecht. Das Gefährdungsstrafrecht entspricht der neuen Rechtsidee nach der Tatseite, das Willensstrafrecht nach der Täter-Seite hin.

Vgl. hierzu besonders Freisler auf dem 11. Internationalen Kongreß für Strafrecht und Gefängniswesen: „Dies Willensstrafrecht will natürlich kein Gesinnungsstrafrecht in dem Sinn sein, daß es den inneren Zustand oder auch nur den nichtbetätigten verbrecherischen Entschluß des Einzelnen unter Strafdrohung stellt, vielmehr setzt es eine Betätigung des rechts- und damit volksfeindlichen Willens voraus, mißt also der Tat des Täters die Bedeutung eines Erkenntnismittels des Täterwillens, das bis zu einem bestimmten Grad gediehen — unbedingt vorliegen muß, bei und schreibt außerdem der Tat die Funktion der Abgrenzung zwischen dem, was aus dem Bereich der Verstöße gegen die Gebote der völkischen Sittenordnung dem Staate strafwürdig erscheint und den außerhalb der Strafsanktion bleibenden Verstößen gegen die Sittenordnung zu."

des Täters zum Ausdruck bringen.[138]) Daß der Richter bei der Beurteilung dieser Fragen und bei der Beurteilung der Persönlichkeit andere Maßstäbe anlegen muß, davon soll in einem anderen Zusammenhang die Rede sein.

Wenn nun § 2 StGB n. F. analoge Anwendung von Strafandrohung gestattet, so müssen nun logisch auch die Strafbefreiungs- und Strafmilderungsbestimmungen analog anzuwenden sein. Das folgt schon aus der Überlegung, daß ebenso es unmöglich ist, wenn das Gesetz alle strafwürdigen Taten in gesetzlichen Tatbeständen ausdrückt, wie es unmöglich ist, die besonderen Umstände, welche die Befolgung verletzter Verbote als überhaupt nicht oder doch in ungewöhnlich geringem Maß als zumutbar erscheinen lassen, erschöpfend in strafbefreienden und strafmildernden Tatbeständen aufzuzählen.

Wie wir oben gesehen haben, muß das Gericht dann eine Strafe aussprechen, wenn ein gewöhnlich gegebener Sachverhalt unter den vom Gesetzgeber aufgestellten Verbrechenstatbestand fällt. Nun kann es aber doch so sein, daß ein besonderer Umstand vorliegt, mit dem der Gesetzgeber bei der Ankündigung der Strafdrohung und der Festsetzung des Mindeststrafmaßes nicht gerechnet hat. Wie wir in einem anderen Zusammenhang Köhler[139]) zugestimmt haben, so wollen wir es auch hier tun, daß es den bestehenden Rechtsauffassungen am meisten entsprechen dürfte, konkrete Tatumstände außerhalb des gesetzlichen Tatbestandes nicht nur bei der Rechtswidrigkeit, sondern auch bei der Vorwerfbarkeit zu berücksichtigen. Infolgedessen kann das Gericht im konkreten Fall bei außergewöhnlichen Tatbe-

---

[138]) Der Gedanke des „Willensstrafrechts" muß dann so ausgelegt werden, daß die Tat zur Persönlichkeit des Täters in Beziehung gebracht wird. Dies entspricht vor allem dann der symptomatischen Verbrechensauffassung. Auch im neuen Strafrecht wird es dann neben dem Maß der Gefährdung auf die „Persönlichkeitsadäquanz" der Tat und somit auf das Verhältnis von Persönlichkeit und Motive ankommen. Vgl. Dahm S. 95

[139]) Köhler, Ger. Saal 95 S. 464.

ständen eine Beschränkung der gerichtlichen Strafbefugnis auf den Strafrahmen dann nicht herleiten, wenn es diesen Strafrahmen für die gewöhnlichen Sachverhalte vorschreibt. Im Gegenteil es muß das Gericht zu einer Freisprechung kommen, wenn die Tat durch einen besonderen Umstand bedingt wurde, der diese Tat nicht unter den Bereich der von der Strafdrohung aufgefaßten Handlungen fallen läßt.

Soweit wurde es, wie wir gesehen haben, von einem großen Teil der Lehre gebilligt. Nun sind aber doch sehr leichte Fälle denkbar, bei denen die Tat zwar unter die vom Gesetzgeber angekündigte Strafdrohung fällt, infolge aber des besonderen Umstandes, der zu der Tat führte, nicht mehr in den Kreis derjenigen Handlung fallen, auf die es der Gesetzgeber bei der Festlegung des Mindeststrafmaßes speziell abgesehen hatte. Auch nach dem § 2 n. F. wird eine Tat nur dann bestraft, wenn das Gesetz das Verhalten des Täters mit einer Strafe belegt oder wenn die Tat nach dem Grundgedanken des Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden für strafbar erklärt werden kann. Daraus folgt, daß eine Tat, die durch besondere Umstände bedingt wurde und deshalb nicht in den Kreis derjenigen Handlungen fallen kann, die der Gesetzgeber mit einer Strafe oder einer Mindeststrafe bedrohte, nur dann bestraft werden kann, wenn der Gesetzgeber die Tat trotz ihrer besonderen Umstände mit einer Strafe belegt hat, wie z. B. § 49 Mil. StGB oder § 257 Abs. 3 S. 2 StGB. Wenn nun aber das Gesetz selbst eine Tat, die sich infolge ihres ungewöhnlichen Sachverhaltes nicht unter den gewöhnlichen Strafrahmen subsumieren läßt, nicht mit Strafe belegt oder den gesetzlichen Mindeststrafrahmen ausschließt, wie dies beispielsweise in den §§ 53, 51 Abs. 2, 248a, 264a der Fall ist, so hat das Gesetz (und § 2 n. F. richtig verstanden bestätigt uns dies) diese Fälle nur exemplifizierend aufgestellt und keineswegs die Strafdrohung und das Mindeststrafmaß auf alle ungewöhnlichen Sachverhalte ausdehnen wollen.

Wir müssen uns immer vergegenwärtigen, daß gerechtes Recht auf der gleichen Behandlung gleichartiger Fälle beruht;

gleiche Behandlung ungleicher Fälle wäre aber ungerecht.[140]) Da ungerechte Strafe eben kein Opfer ist, das die Allgemeinheit dem einzelnen auferlegen könnte, so ist damit auch dem Angriff entgegengetreten, den man erheben könnte, wenn man sagt, der Einzelne müsse eben unter Umständen zu Gunsten der Allgemeinheit leiden; denn dadurch würde man Handlungen, die sich infolge eines besonderen Umstandes nicht unter die vom Gesetz aufgestellte Strafdrohung und Mindeststrafdrohung subsumieren lassen unter Nichtachtung der Gerechtigkeit der Strafdrohung unterwerfen.[141])

Dabei ist es aber keinesfalls so, daß der Täter in jedem Fall, in dem ein ungewöhnlicher, die Strafwürdigkeit mindernder Sachverhalt vorliegt, freizusprechen sei. Denn der Gesetzgeber hat ja ausdrücklich in dem Verhalten des Täters ein mißbilligendes Verhalten gesehen und damit für strafbar und verboten erklärt. Wenn wir nun auch den Täter nicht völlig freisprechen können, das würde unserem Rechtsgefühl widersprechen, so können wir aber doch mit Hilfe dieser Konstruktion eine minder schwere Strafe verhängen, wenn eben solche besonderen über den gewöhnlichen Sachverhalt hinausgehende Umstände vorliegen. Richtig ist, wenn betont wurde, daß nicht die Strafdrohung unanwendbar ist sondern nur das gesetzliche Strafmaß.[142])

Um keine Unklarheit aufkommen zu lassen, wollen wir nochmals betonen, daß das Gericht die Strafe nur dann ausschließen oder mildern darf und somit den Täter nur dann ent-

---

[140]) Vgl. hierzu Herzbruch S. 6.

[141]) Vgl. auch Freisler auf dem 11. Internationalen Kongreß des Strafrechts und Gefängniswesens: „Das materielle Strafrecht kann und will nicht eine Aufzählung oder Sammlung von Fällen sein, in denen dem Staat Strafansprüche gegen Einzelne zustehen. Eine solche Auffassung wäre nur denkbar, wenn man den Staat und den Einzelnen als nebeneinanderstehend ansieht, nicht dagegen, wenn der Einzelne als organisches Glied des Volkes und der Staat als natürliche Lebensform des Volkes aufgefaßt wird, wie das der Nationalsozialismus tut."

[142]) Herzbruch, S. 9

schuldigen kann, wenn ein besonderer Sachverhalt vorliegt, der bedeutsam genug ist, um infolge seiner Ungewöhnlichkeit entweder völlige Straflosigkeit zu begründen oder doch zu einer Unterschreitung des Mindeststrafmaßes zu führen.

Es könnte uns nun entgegengehalten werden, daß die Anerkennung der Nichtzumutbarkeit auf diese Weise lediglich die dogmatische Fortsetzung der Strafzumessungskurve bedeute, mit der Tendenz die Durchschnittsstrafen immer mehr dem gesetzlichen Strafminimum anzunähern. Gewiß hat sich die Steigerung des richterlichen Ermessens, insbesondere in der Nachkriegszeit, tatsächlich aber auch schon vorher, fast ausschließlich zugunsten des Individuums ausgewirkt.[143] Doch wir dürfen nicht vergessen, daß das ganze Strafrecht der Nachkriegszeit eben auf einer anderen weltanschaulichen Basis fußte und daß, wie Köhler[144]) treffend bemerkt, besonders der Schuldbegriff zu den allgemeinen Rechtsbegriffen von teilweise zeitlich bedingtem Inhalt gehört.

Mit Hilfe dieser nun dargelegten Konstruktion können wir auch Schaffsteins[145]) Befürchtungen entgegentreten, daß die Dogmatik in dem Augenblick, in dem sich diese Strafzumessungskurve in ihrer Jahr für Jahr gleichbleibenden Richtung immer mehr der scheinbar unüberwindlichen Schranke des gesetzlichen Strafminimums nähere, versuche dieses Hindernis aus dem Wege zu räumen. Denn dann brauchen wir nicht die letzte Konsequenz ziehen, daß diese begleitenden Umstände der Tat, deren Bewertung dem Richter bisher nur so weit überlassen war, als sie ihn zur Anwendung der Mindeststrafe veranlassen konnten, ihn nunmehr zur Gewährung völliger Straffreiheit ermächtigen sollten. Wir haben hier den großen Vorteil, daß wir mit unserer Konstruktion ein für alle Fälle gerechtes Urteil fäl-

---

143) Schaffstein, S. 48; bes. Exner, Untersuchungen über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte 1931.

144) Köhler, Ger. Saal 95 S. 464.

145) Schaffstein, S. 48.

len können, indem wir nicht so kompromißlos sein brauchen, wie man es bisher war, indem man eben forderte, der vorliegende Umstand war dem Täter zuzumuten oder er war ihm eben nicht zuzumuten. Damit können wir aber auch die offene Kluft, die sich bisher von der „Zumutbarkeit" zur „Nichtzumutbarkeit" erstreckte, überbrücken. Denn die ganze strafgerichtliche Bewertung einer Tat ist nichts anderes als die Erwägung, ob und wie weit wir dem Täter die Befolgung des Verbots, die Unterlassung der Tat zumuten; dann hängt aber die Festsetzung der Strafe für eine tatbestandsmäßige Handlung innerhalb und außerhalb des gesetzlichen Strafrahmens bis zur Freisprechung allein davon ab, ob und in welchem Maß wir die Zumutbarkeit der Verbotsbefolgung anerkennen.

Wir werden dann aber auch zu dem Ergebnis und zu der Erkenntnis kommen, daß es für die Anerkennung der Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund geschadet hat, daß man ursprünglich die Grenzen zuweit gezogen hat. Wir stellen fest, daß nach unserer Auffassung die konkreten Tatumstände die Strafbarkeit einer Handlung nicht nur erhöhen (was selbstverständlich ist), sondern auch mindern, unter Umständen die Anwendung des Mindeststrafrahmens oder der Strafdrohung überhaupt ausschließen können. Wenn wir allerdings die Strafbefreiungs- und Strafmilderungsvorschriften des geltenden Rechts als ausschließliche Normen betrachten, können wir sie nicht auf Tatbestände anwenden, die sich nicht unter sie subsumieren lassen. Betrachten wir dagegen die vom Gesetzgeber aufgestellten Strafbefreiungs- und Strafmilderungstatbestände nur als exemplifizierend, so werden wir auch, wie wir noch sehen werden, Richtlinien und Anhaltspunkte gewinnen, die für einen Zumutbarkeitsmaßstab von Wichtigkeit sind.

§ 8.

Nichtzumutbarkeit und richterliches Ermessen.

1. Strafbegründung durch Gesetz.

Es ist zunächst den Einwänden entgegenzutreten, die uns gemacht werden könnten, wenn wir auf Grund des § 2 n. F. die Strafbefreiungs- und Strafmilderungsbestimmungen unseres geltenden Rechts nur exemplifizierend betrachten.

Schäfer [116]) meint, es würde ein Strafgesetzbuch dem deutschen Rechtsempfinden nicht entsprechen, das dem Strafrichter eine mehr oder weniger bestimmte generelle Ermächtigung gäbe, alle Handlungen mit Strafe zu belegen, die gegen die Belange der Volksgemeinschaft verstoßen und das besondere Straftatsbestände lediglich beispielsweise und der Verdeutlichung halber aufstellte. Denn praktisch würde das bedeuten, daß dem Strafrichter im weiten Umfang die Rolle des Gesetzgebers zufiele, indem er darüber zu befinden hätte, was als erlaubt, was als verboten anzusehen sei. Schäfer glaubt, daß damit dem Richter die wichtigste und vornehmste Aufgabe der politischen Führung übertragen werden würde. „Der Richter — nicht der Gesetzgeber — würde dann über grundlegende Fragen des völkischen Zusamenlebens zu entscheiden haben und zwar auch über Fragen, die der Gesetzgeber als für eine gesetzgeberische Behandlung noch nicht reif bisher ungeregelt gelassen hat. Eine solche Stellung des Richters wäre aber weder mit dem Wesen des autoritären Führerstaates noch mit der deutschen Rechtsanschauung gemäßen Forderung nach Bindung und Unterwerfung des Richters unter das Gesetz vereinbar. Die Folge einer derartigen Ausweitung des richterlichen Ermessens wäre eine kaum vor-

---

116) Schäfer, Das kommende deutsche Strafrecht — Allg. T. — S. 128. Auch Maurach dürfte dieser Ansicht sein.

stellbare Rechtsunsicherheit, deren schlimmste Auswüchse bestenfalls durch einen strengen Präjudizienkultus beseitigt würden."

Es sei mir nun gestattet, mich im folgenden in kurzen Zügen den kritischen Bemerkungen Siegerts[147]) anzuschließen, die dieser zu Schäfers Abhandlung machte. Eine nationalsozialistische Strafrechtspflege kann die Grundlagen ihrer Geltung und Wirkung nur den obersten Werten des nationalsozialistischen Ideengutes entnehmen. Die Folge ist, daß wir die Stellung des Strafrichters zum Gesetz nicht vom einzelnen Verbrecher oder vom einzelnen Bürger oder etwa vom einzelnen Richter her betrachten dürfen, sondern es ist dann das Volk das Primäre und zwar in jenem höheren Sinn als die durch Blut und Boden verbundene Volksgemeinschaft in Geschichte, Gegenwart und Zukunft. Oberste Rechtsquelle muß darnach heute schon der Volksgeist sein d. h. das Rechtsgewissen eines geschichtlich gewordenen und in die Zukunft hineinwirkenden Volkes. „Oberste Erkenntnisquelle für dieses Recht sind die Richtlinien der Führung, die in Gesetzesform oder formlos verkündet werden." Siegert weist nun treffend darauf hin, daß es nicht Aufgabe der Führung sein kann, den Einzelfall zu regeln und etwa in die Rechtssprechung einzugreifen. Im Gegenteil eine gesunde Arbeitsteilung zwischen Richter und Gesetzgeber, welche die Anerkennung der richterlichen Unabhängigkeit in sich schließe, müsse dem Gesetzgeber die Findung des aus dem Volksgeist entspringenden Rechts durch Aufstellung von Grundsätzen für die unbestimmte Vielzahl von Fällen zuweisen; der Richter hat dann den Einzelfall zu entscheiden. Freisler betont auch ganz richtig, daß das Gesetz immer nur die Richtlinien geben dürfe, daß es sich aber niemals an die Stelle dessen setzen darf, der das Gesetz im einzelnen in die Wirklichkeit umzusetzen habe.[148])

---

[147]) Siegert, Deutsches Strafrecht Heft 12, S. 376 ff.

[148]) Freisler, Deutsche Justiz 1934 S. 474; vgl. auch Henckel, Unabhängigkeit S. 28.

Im Rahmen dieser Arbeitsteilung ist nun die Strafandrohung oder wie Siegert sich ausdrückt die Strafbegründung im nationalsozialistischen Staat eindeutig dem Gesetzgeber zuzuweisen. Ganz klar ist, daß diese Strafandrohung (oder Strafbegründung) nur durch die Führung entschieden werden kann, dafür spricht einmal der Vorzug der Rechtseinheit und der Gleichmäßigkeit der Entscheidung; das ergibt sich aber auch daraus, daß das Strafrecht eben dazu da ist, asoziale Elemente zu bekämpfen und somit die Volksgemeinschaft zu befestigen.

Soweit stimmen wir im Ergebnis auch mit Schäfer überein.

2. Anwendung des Gesetzes durch den Richter.

Wenn wir im vorhergehenden Abschnitt davon ausgegangen sind, daß der Führer im Strafgesetz in großen Richtlinien die völkische Rechtsidee niederlegt, so kann nun auch heute schon die Auslegung dieser dem neuen Zeitgeist entsprungenen Rechtsidee und die Einzelregelung nur dem volksverbundenen Richter überlassen werden, weil er, wenn er im Geiste des Volkes handelt, auch dann in der Lage ist, den Einzelfall nun im Geiste des Volkes und zugleich im Sinn der Führung zu entscheiden. Durchaus zuzustimmen ist Siegert, wenn er folgert, daß der Gesetzgeber dem nationalsozialistischen Richter eine ganz große Verantwortung auferlegen könne, sodaß dieser nicht in starken Bindungen an enge Tatbestände gefesselt sei, sondern nur die großen Richtlinien der umfassenden Tatbestände und sonstiger allgemeiner Anweisung der Führung einzuhalten habe. „Aufgabe des Gesetzgebers wäre es dann, sich von einseitiger Kasuistik ganz frei zu machen und auf Einzeltypen nur beispielsweise im Zusammenhang mit einer Generalklausel hinzuweisen. Der Richter würde dann die Schwierigkeiten der Rechtsanwendung nie an den Grenzen der Tatbestände, sondern in der Wertausfüllung innerhalb ihrer weiten Rahmen finden".

Da aber die Zeit noch nicht reif ist, um dem Richter all-

gemein in freier Form die Durchführung der Richtlinien anzuvertrauen, so muß für die nächsten Jahre das Ermessen des Strafrichters durch engere Tatbestände beschränkt werden. Für unser Problem ergibt sich hieraus, daß dann auch Fälle denkbar sind, in denen ein Sachverhalt infolge besonderer äußerer Umstände sich nicht unter den Wortlaut des Gesetzes subsumieren läßt. Damit erhält aber auch die Analogie große Bedeutung.

Nun krankt aber, wie Siegert darauf hinweist, Schäfers Abhandlung an der Unklarheit in der Scheidung zwischen Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie. „Die Gesetzesanalogie ist die Anwendung eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes auf einen ähnlich gesetzlich nicht geregelten Fall". „Rechtsanalogie" dagegen „ist die Anwendung eines der gesamten Rechtsordnung innewohnenden Gedanken auf einen gesetzlich nicht geregelten Fall, der diesem Gedanken im Sonderfall entspricht."

In der Gesetzesanalogie sehen wir ein geeignetes Mittel für den Richter, damit er dem wahren Willen der Führung nach Maßgabe des Volksgeistes wirksamen Ausdruck verleihen kann. Siegert meint, enge Tatbestände, ergänzt durch Analogie, könnten noch besser den Willen der Führung durchsetzen als die im nationalsozialistischen Strafrecht ebenfalls zulässigen weiten Tatbestände mit Generalklauseln. Es entspricht auch vollkommen dem Willen nicht des historischen Gesetzgebers, sondern des lebendigen fortentwickelten Willens des heutigen Gesetzgebers nach der teleologischen Auslegungsmethode den Zweck des Gesetzes zu ermitteln; daher müssen auch die Gesetze, die im liberalen Geist von 1870 oder 1879 entstanden sind einen inneren Bedeutungswandel durchgemacht haben. In diesem Sinne sprechen diese Erwägungen auch für die Zulässigkeit der Gesetzesanalogie im geltenden Recht.

Dagegen ist auch Aufgabe der Führung als Gesetzgeber die Rechtsanalogie anzuwenden nicht also Aufgabe des Richters. Die strafbegründende Rechtsanalogie hat aber mit der richterlichen Rechtsfindung nichts zu tun, sondern muß dem Führer als Gesetzgeber vorbehalten bleiben, ist also demnach ein Problem

der Gesetzgebungspolitik. Dabei ist aber zu betonen, daß wir die Rechtsanalogie, die anzuwenden Aufgabe der Führung ist, nur auf die Strafbegründung beziehen. Dagegen wollen wir hier die richterliche Rechtsanalogie außerhalb der Strafrechtsbegründung, also für die Strafausschließungs- und die Strafmilderungsgründe unbedingt anerkennen.[149])

Mit dem Fallen des Analogieverbotes erhalten demnach die Strafbefreiungs- und Strafmilderungsbestimmungen nur Beispielseigenschaft. Von einer „kaum vorstellbaren Rechtsunsicherheit" wie Schäfer befürchtet, kann dabei keine Rede sein. Wir werden im folgenden sehen, daß der Richter trotzdem noch an das Gesetz gebunden und diesem auch unterworfen ist. Denn wie Schäfer selbst ausführt[150]), ist der Richter bei der Analogieanwendung noch an Voraussetzungen gebunden: Einmal müßte die zur Erörterung stehende, nicht ausdrücklich für strafbar erklärte Tat einer ausdrücklich im Gesetz unter Strafe gestellten Tat ähnlich sein. Andererseits müßte auch der der ausdrücklichen Vorschrift zugrunde liegende Rechtsgedanke auf die fragliche Tat zutreffen und auch wirklich deren Bestrafung fordern. Daß für den Richter hier eine Bindung an das Gesetz vorhanden ist, ergibt sich daraus, daß das eben Gesagte nicht zutrifft, wenn der Gesetzgeber das Anwendungsgebiet eines Deliktstatbestandes mit Bewußtsein so abgegrenzt hat, daß eine Reihe ähnlicher Tatbestände nun nicht darunter fallen kann.

Wenn nun Schäfer diese Voraussetzungen für die analoge Anwendung von Strafandrohungen festgestellt hat, so gelten sie auch für die analoge Anwendung von Strafbefreiungs- und Strafmilderungsbestimmungen. Sollte eine Tat wegen ihres

---

149) Derselben Meinung auch Siegert (S. 381), der die richterliche Rechtsanalogie außerhalb der Strafrechtsbegründung auch für das Prozeßrecht und das bürgerliche Recht anerkennen will. Im Verwaltungsrecht glaubt er wird es überhaupt nicht zweifelhaft sein können.

150) Schäfer, S. 133.

ungewöhnlichen Sachverhaltes nicht in den Kreis derjenigen Handlungen fallen, für welche eine Strafe bzw. eine Mindeststrafe angedroht ist, so muß sie einer der vom Strafgesetz aufgezählten ungewöhnlichen Sachverhalte ähnlich sein. Hat das Gesetz die Tat trotz ihres besonderen ungewöhnlichen Sachverhaltes der Strafdrohung bzw. dem Mindeststrafmaß unterworfen (z. B. § 49 Mil. StGB, § 257 Abs. 3 Satz 2 StGB), so ist auch der Richter hieran gebunden und kann die Strafe nicht ausschließen oder mildern.

Drittens fordert Schäfer, daß die analoge Anwendung von Strafandrohungen der gesunden Volksanschauung entsprechen müsse. Auch bei der analogen Anwendung der Strafbefreiungs- und Strafmilderungsgründen muß der Richter ernstlich prüfen, ob das besondere Verhalten des Täters eben dennoch den Erfordernissen und Bedürfnissen der völkischen Lebensgemeinschaft entspricht und ob dem Täter eben dennoch sein Verhalten zuzumuten war. Dabei stimmen wir im Ergebnis mit Schäfer vollkommen überein, daß eine „laxe Rechtsauffassung", die in bestimmten Volkskreisen etwa fußgefaßt haben sollte, daher als Maß des Zumutbaren nicht in Frage kommen könne. Der Richter muß also nach unserer Auffassung den im Gesetz ausgedrückten Grundgedanken auch in den Fällen zur Geltung bringen, in denen eine Tat wegen ihres ungewöhnlichen Sachverhaltes sich nicht in die vom Gesetzgeber nur für gewöhnliche Sachverhalte aufgestellten Deliktstatbestände subsumieren läßt.

3. Das richterliche Ermessen bei der Zumutbarkeitserwägung.

Nach all den vorausgegangenen Erwägungen müssen wir zu dem Ergebnis kommen, daß der Maßstab für die Zumutbarkeit der Verbotsbefolgung das gerechte Ermessen des Gerichtes sein muß. Der Richter muß jeden Umstand abwägen, der für den Täter gegen das Verbot spricht, der Richter darf aber auch nicht die Umstände außer Acht lassen, die gegen den

Täter für die Einhaltung des Verbotes sprechen. Somit ist es Sache des Gerichtes ein Urteil darüber zu fällen, ob die Befolgung des Verbotes oder die Unterlassung der Tat vom Täter verlangt werden konnte, es stellt somit die Strafwürdigkeit des Täters fest. Das Gericht muß also in jedem Fall darüber entscheiden, ob und in welchem Maß ein Verhalten dem Täter zuzumuten war und erst dann stellt es fest, ob und in welcher Höhe der Täter Strafe verdient. Bisher wurde das richterliche Ermessen zum Zwecke der Straffestsetzung innerhalb der gesetzlichen Strafrahmen von niemand angezweifelt. Im Gegenteil man betrachtet dies als selbstverständlich. Das richterliche Ermessen muß nun aber auch maßgebend sein bei der Beurteilung eines ungewöhnlichen Sachverhaltes, wobei der Richter in diesem Fall den besonderen Umstand dahin zu prüfen hat, ob er die Strafbarkeit einer verantwortlich begangenen Verbotsverletzung ausschließen oder in bestimmtem Maße diese Strafbarkeit mindern kann.

Daß wir dabei auf keinen Fall das richterliche Ermessen mit Willkür gleichsetzen dürfen, erübrigt sich. Im Kampfe gegen die Anerkennung der Nichtzumutbarkeit wurde immer wieder befürchtet, die ganze Zumutbarkeitslehre stelle überhaupt übertriebene Anforderungen an Befähigung und Gesinnung des Richters; ja der Gesetzgeber wälze die ihm obliegende Aufgabe auf den Richter ab, indem sich dieser im konkreten Fall in die konkrete Lage des Täters zurückversetzen müsse, um nach der individuellen Veranlagung desselben darüber zu entscheiden, ob ihm die Ertragung des Notstandes zugemutet werden konnte oder nicht. Die Folge wäre, daß nur eine ganz außerordentliche Menschenkenntnis dem Richter demnach eine gerechte Beurteilung der Notstandsfälle ermöglichen könne.[151])

Es wurde darauf hingewiesen[152]), daß die Beurteilung der materiellen Rechtswidrigkeit nur den Vergleich rechtlich ge-

[151]) Nitzsche, der strafrechtliche Notstand.

[152]) Dahm, Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht S. 18 f.

schützter und gewerteter Lebensgüter verlange, während sich beim normativen Schuldurteil auf der einen Seite das Sozialinteresse am Bestand des verletzten Rechtsguts, am normgemäßen Verhalten, auf der anderen Seite das Individualinteresse am normwidrigen Verhalten gegenüber stünden. Dieses letztere habe aber keinen angezeigten Wert. Der Richter könne nach dem Gesetz also nur die eine Seite, das Sozialinteresse bewerten, während er das Individualinteresse selbständig bestimmen müsse. Wenn wir nun den übergesetzlichen Schuldausschluß der Nichtzumutbarkeit anerkennen wollen, so würde nun die Güte unserer Strafrechtspflege nicht mehr entscheidend von guten oder schlechten Gesetzen abhängen, sondern von menschlichen Eigenschaften des Richters, auch nicht so sehr von seiner technischen Fähigkeit in der Handhabung des Gesetzes, wie vor allem von seiner Bildung, seiner Weltzugewandtheit, seinem Verantwortungsgefühl gegenüber dem Einzelnen, insbesondere aber der Gesellschaft und dem Staate gegenüber.

Wir wollen uns aber durchaus Hoffmann[153]) anschließen, denn wenn wir nur immer die Geeignetheit des Richters zur Problemfrage heranziehen wollten, so müßten wir die wissenschaftliche Behandlungsmöglichkeit unseres Themas verneinen; dies ganz besonders dann, wenn wir bei jedem uns nicht genehmen Urteil die Vertrauensfrage für die deutsche Justiz kritisieren wollten. Tatsache ist, daß es immer Fehlurteile gegeben hat und diese auch in Zukunft geben wird. Wir würden aber die menschliche Unzulänglichkeit falsch einschätzen, wenn wir glaubten deshalb das freie Ermessen des Richters auf das Notwendigste einschränken zu müssen. Wir dürfen nicht übersehen, daß in vielen Fällen Quelle eines Fehlers nicht die richterliche Tätigkeit, sondern das Gesetz selbst ist.

Ja wohin würde das auch führen, wenn der Gesetzgeber immer zunächst prüfen sollte, ob das, was er verlangt auch

---

[153]) Hoffmann, Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestands im Strafrecht S. 2.

wohl der Einsicht und der Vernunft des Richters entsprechen werde. Wir sehen wohl, daß eine sentimentale Schwäche einerseits, dann aber unbeugsame Härte andererseits bei der Frage nach der Zumutbarkeit die Scylla und Charybdis sind, die der Gerechtigkeit Gefahr bringen können.[154])

Wir wollen uns aber von den Schwarzsehern nicht beirren lassen und wollen uns lieber die Frage vorlegen, ob der Richter bei seiner Ermessensausübung, indem er das Verhalten des Täters einer strafrechtlichen Bewertung unterwirft, allein auf sein Rechtsgefühl angewiesen ist, oder ob nicht allgemeine Grundsätze oder doch bestimmte Anhaltspunkte und Richtlinien vorhanden sind, auf Grund deren er die Zumutbarkeitserwägung ausüben kann.

Für die Frage was dem Täter zuzumuten war wollen wir hier schon feststellen, kommt einmal das Können, dann aber auch das Sollen in Betracht. Würde nun der Richter nur das Können des Täters berücksichtigen und würde er sagen, was der Täter konnte, das war ihm zuzumuten, so würde er den Täter niemals bestrafen können, weil es eben für den Täter kein anderes Können gab, als das, was er tat. Vertritt jedoch der Richter den anderen Standpunkt, indem er entscheidet, dem Täter ist in jedem Fall zuzumuten, was er sollte, so würde das ein Sich-hinwegsetzen über alle Gesetze der Natur und der Ethik bedeuten, da er dann bei jeder verantwortlichen Verletzung eines Verbotes strafen müßte, weil eben der Täter anders gehandelt hat, als er sollte. Nein, wir müssen vielmehr beide Standpunkte verbinden und sagen, das Gericht darf dem Täter „nur soviel — tatsächlich nicht gekonnte, aber gesollte — Verbotsbefolgung zumuten, als nötig ist, um dem Strafgesetz die erforderliche Wirkung zu verschaffen. In einem zivilisierten Staat, dessen Bürgern die Achtung fremder Rechtsgüter und des Gemeinwohls geläufig ist, kann die Rechtssprechung weitgehende Rücksicht auf die Einzelperson des Täters üben. In einem wil-

[154]) v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch § 42.

den Staat aber oder in unruhigen, kritischen Zeiten, wenn alles darauf ankommt, dem Strafgesetze Geltung zu verschaffen und zu erhalten, kann die Einzelperson, die das Strafgesetz verantwortlich verletzt hat, nicht soviel Rücksichtnahme erwarten." Es versteht sich von selbst, daß diese gesetzlichen Richtlinien beeinflußt und ergänzt werden durch die jeweilige politische, ethische und weltanschauliche Einstellung des Gerichtes, „das dem Gerechtigkeitsideal seiner Zeit nachstrebt".[155])

§ 9.

Dogmatische Bedeutung des Schuldausschließungsgrundes der Nichtzumutbarkeit.

1. Terminologische Bedeutung der Schuldausschließungsgründe.

Man möge verzeihen, wenn jetzt erst die dogmatische Bedeutung der Nichtzumutbarkeit als „Schuldausschließungsgrund" speziell erörtert wird. Aber es schien besser, zunächst das Problem der „Nichtzumutbarkeit" im Zusammenhang zu entwickeln. Nachdem wir uns über die Nichtzumutbarkeit ganz allgemein als Schuldausschließungsgrund unterrichtet haben, ist es notwendig, uns auch mit der terminologischen Bedeutung des Ausdruckes „Schuldausschließungsgrund" auseinanderzusetzen. Wir müssen uns darüber klar sein, daß der Ausdruck „Schuldausschließungsgrund" keineswegs einheitlich gebraucht wird. Wir tun vielleicht gut daran, die „Schuldausschließungsgründe" uns an einem Schema zurechtzulegen.[156])

Wir teilen zunächst die „Schuldausschließungsgründe" in Schuldausschließungsgründe im weiteren Sinn und Strafaus-

---

[155]) Herzbruch, S. 10.

[156]) Vgl. hierzu Köhler, Lehrbuch S. 284.

schließungsgründe ein. Dabei haben wir unter Schuldausschließungsgründen im weiteren Sinn all die Gründe zu verstehen, die „ein Verschulden überhaupt oder doch bei vorsätzlichen Delikten einen Vorsatz nicht aufkommen lassen". Die Schuldausschließungsgründe im weiteren Sinn lassen sich wieder aufspalten in Rechtfertigungsgründe (Unrechtsausschließungsgründe, negative Tatbestandsmerkmale) und in Schuldausschließungsgründe im engeren Sinn (im technischen Sinn). Ein Rechtfertigungsgrund beseitigt die Rechtswidrigkeit des Verhaltens, obwohl der objektive Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht wurde. Ein Schuldausschließungsgrund im engeren (technischen) Sinn schließt das zu jedem Tatbestand gehörende Verschulden des Handelnden, nicht aber zugleich die Rechtswidrigkeit der Handlung aus.[157]) Und schließlich verstehen wir unter Strafausschließungsgründen (negative Strafdrohungsbedingungen, persönliche Strafausschließungsgründe) Umstände, „welche trotz vorhandener Rechtswidrigkeit und Schuld eine Bestrafungsmöglichkeit des Täters von vornherein beseitigen" (Köhler).

Also zusammenfassend:

Schuldausschließungsgründe:

I. Schuldausschließungsgründe i. w. S.
   1. Rechtfertigungsgründe (Unrechtausschließungsgründe, negative Tatbestandsmerkmale)
   2. Schuldausschließungsgründe i. e. S. (techn. Sinn)

II. Strafausschließungsgründe (negative Strafdrohungsbedingungen, persönliche Strafausschließungsgründe).

---

[157]) Köhler führt nun eine besondere Gruppe auf und zählt hiernach die „Entschuldigungsgründe" und versteht darunter solche Gründe, „welche die Handlung für den Handelnden erlaubt (unverboten) erscheinen lassen, während sie dem Verletzten das Recht zur Gegenwehr offen lassen". Für den Verletzten ist der Angriff insofern ein rechtswidriger, „als er sich einen Angriff nicht gefallen lassen braucht".

Gewöhnlich wird der Begriff „Entschuldigungsgründe" gleichbedeutend

Nachdem wir nun die terminologische Seite der „Schuldausschließungsgründe" dargelegt haben, so interessiert uns, unter welche Gruppe wir die Nichtzumutbarkeit einreihen können. Man hat sich vielfach bis jetzt in der Literatur damit begnügt, die Nichtzumutbarkeit einfach als „Schuldausschließungsgrund" zu bezeichnen. Einer wissenschaftlichen Untersuchung ist damit aber nicht gedient.

2. Die Nichtzumutbarkeit als „Strafausschließungsgrund".

Wenn wir einfach behaupten würden, die Nichtzumutbarkeit müßte unter die „Strafausschließungsgründe" fallen, so hätten wir dabei noch gar nichts behauptet. Wir können mit dem Begriff „Strafausschließungsgrund" erst dann etwas beginnen, wenn wir ihn entweder zur Rechtswidrigkeit und Schuld oder zur Person des Täters in Beziehung bringen.[158]) Das Gesetz mit seiner Begriffsbestimmung gibt uns nur den Oberbegriff, unter welchem es nur eine Reihe der verschiedensten Fälle der Straflosigkeit einer an und für sich strafbaren Handlung zusammenfaßt. Wenn wir uns begnügen würden, die Nichtzumutbarkeit als „Strafausschließungsgrund" zu bezeichnen, so würden wir nichts anderes damit ausdrücken wie das Gesetz selbst in der Überschrift zu dem Abschnitt, wo es von den Gründen spricht, welche die Strafe ausschließen oder mildern. Wenn wir die Nichtzumutbarkeit unter den Begriff des „Strafausschließungsgrundes" einreihen wollten, so würde das in der Tat heißen, wie Graf zu Dohna[159]) es bezeichnet, „in gewissem Sinne das Eingeständnis der Unfähigkeit, das Phänomen des

---

mit Schuldausschließungsgründen gebraucht (Vgl. Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem)

[158]) Henkel, Die Rechtsnatur des Notstandes, S. 31.

[159]) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 123.

Strafausschlusses zu erklären". Wir müssen daher schon weiter gehen und untersuchen daher im folgenden

die Nichtzumutbarkeit als persönlichen Strafausschließungsgrund.

Wenn wir nun die Nichtzumutbarkeit als persönlichen Strafausschließungsgrund betrachten, so sind wir uns dessen bewußt, daß wir das Verhalten des Täters von einem subjektiven Gesichtspunkt aus beurteilen. Wir wollen damit zu erkennen geben, daß zwar das Verhalten des Täters den Verbrechenscharakter der Handlung unberührt gelassen hat, daß also weder die Rechtswidrigkeit der Tat noch das Verschulden des Täters ausgeschlossen ist, daß aber der Staat von einer Verwirklichung seines Strafanspruches absieht, indem er die Notlage des Täters berücksichtigt. Wir werden zwar auch hier geneigt sein von einer „Entschuldbarkeit der Notstandshandlung" zu sprechen, jedoch meinen wir hier nicht, daß die Schuld des Täters ausgeschlossen ist und daß damit das Verhalten des Täters seines Verbrechenscharakters entkleidet ist. Im Gegenteil, wenn wir die Nichtzumutbarkeit als persönlichen Strafausschließungsgrund auffassen, so möchten wir damit nur das Verhalten des Täters in dem Sinn von „begreiflich und verzeihlich"[160]) auffassen und nur deswegen den Täter nicht bestrafen. In diesem Sinn ist z. B. m. E. auch die Entscheidung in RGSt 67/310 (315) aufzufassen. Wir stimmen damit mit der Lehre Kants überein, die meint, die Notstandshandlung sei nicht inculpabilis, da sie ja dem kategorischen Imperativ widerspreche; sie sei lediglich impunibilis, weil der Gesetzgeber hier nicht einschreiten könne.

Es ist vielleicht gut, wenn wir den Begriff des persönlichen Strafausschließungsgrundes nochmals abzugrenzen versuchen und darunter in der Person des Täters liegende Umstände ver-

---

160) So Heimberger, Ausschluß der Rechtswidrigkeit, in Strafrechtsreform S. 82.

stehen, „die den Staat veranlassen, sich keinen Strafanspruch zuzugestehen.“[161]) Wenn Finger[162]) sagt: „die schuldhafte Tat kann eine ausnahmsweise straflose sein. Der Gesetzgeber verzichtet mit Rücksicht auf anderweitige wichtigere Interessen auf die Bestrafung der regelmäßig strafbaren Handlung. Die Handlung bleibt verboten, ihre Verübung ist ein strafloses Delikt“, so soll damit zum Ausdruck gebracht werden, daß der persönliche Strafausschließungsgrund einerseits weder die Rechswidrigkeit andererseits aber auch nicht die Zurechenbarkeit der Tat beseitige, sondern daß das Verhalten gesellschaftsschädlich und dem Täter demzufolge auch vorwerfbar ist, daß aber der Staat auf eine Bestrafung verzichtet.

Sollen wir nun die Nichtzumutbarkeit unter diese Gruppe von Strafausschließungsgründen einreihen? Zunächst könnten uns Bedenken kommen, ob es sich überhaupt mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbaren läßt, die Nichtzumutbarkeit als persönlichen Strafausschließungsgrund anzusehen. Denn im Gesetz (§§ 52, 54 StGB) heißt es ja nicht, daß der straflos sein soll, der im Notstand eine an sich strafbare Handlung begangen hat, sondern das Gesetz sagt ausdrücklich, daß im Fall eines Notstandes „eine strafbare Handlung“ nicht vorhanden sein soll.[163]) Wir könnten nun geneigt sein, das Gesetz so zu interpretieren, daß wir sagten, das Gesetz meine in den §§ 52, 54 StGB nur solche Fälle, in denen das Verhalten des Täters dann straflos sein soll, wenn ein Verbrechensmerkmal fehle und dies deshalb, weil das Gesetz bei anderen Vorschriften denselben Wortlaut aufweist. Jedoch eine solche beschränkende Interpretation widerspräche der unbestimmten Fassung der Vorschriften und der Beispielseigenschaft der §§ 52 54 StGB. Das Gesetz will in den §§ 51—55 StGB lediglich zum Ausdruck bringen,

---

[161]) So M. E. Mayer, Lehrbuch S. 273. Aehnlich Frank, Komm., Vorbem. zu § 51 S. 136. Hegler in ZStW 36/229.

[162]) Finger, Goldthammers Archiv Bd. 50 S. 39.

[163]) Vgl. Henkel, S. 32.

daß es ein Verhalten des Täters, das unter besonderen Umständen zustande kam, nicht bestrafen will. Wenn wir uns so an den Ausdruck des Gesetzes halten, so könnten wir die Nichtzumutbarkeit als einen persönlichen Strafausschließungsgrund anerkennen.

Im folgenden wollen wir nun aber die Nichtzumutbarkeit als „persönlichen Strafausschließungsgrund" von einer anderen Seite prüfen.

Das charakteristische Merkmal aller, wenn auch im übrigen oft verschieden gearteten persönlichen Strafausschließungsgründe ist doch, daß das Gesetz bei einem strafbaren Verhalten des Täters seine persönlichen Eigenschaften weitgehendst berücksichtigt. Die Gründe sind, wie M. E. Mayer meint, teils staats- oder völkerrechtliche, teils aber auch rechtspolitische.[164]) Diese Umstände hindern aber schon die Entstehung, nicht erst die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches. Das Gesetz sieht hier mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Täters von einer Strafe ab. Bei der Nichtzumutbarkeit sind jedoch die besonderen äußeren Umstände maßgebend und zu beachten, unter deren Druck der Täter handelte. Bei der Nichtzumutbarkeit findet nun die Einwirkung des äußeren Umstandes auf den Täter Berücksichtigung. Man könnte es auch so ausdrücken, daß man sagt, der persönliche Strafausschließungsgrund wurzle grundsätzlich in außerstrafrechtlichen Interessen, während die Rücksicht auf die drückende Not ein echt deliktischer, also ein typisch strafrechtlicher Gesichtspunkt sei.[165]) Bei der Nichtzumutbarkeit findet also die äußere Notlage des Täters Berücksichtigung, nicht aber dessen persönliche Merkmale und Eigenschaften. Die Rücksicht auf die äußeren Umstände sind aber nicht das Charakteristische der persönlichen Strafausschließungsgründe.

---

[164]) M. E. Mayer, Lehrbuch S. 274 z. B. Exterritorialität, strafloser Familiendiebstahl (§ 247 Abs. 2), straflose Begünstigung durch einen Angehörigen (§ 257 Abs. 2), Notwehrexzeß (§ 53 Abs. 3).

[165]) Vgl. Goldschmidt, Notstand ein Schuldproblem S. 8.

Vom dogmatischen Gesichtspunkt aus können wir also die Nichtzumutbarkeit nicht gut unter die persönlichen Strafausschließungsgründe einreihen. Wir wollen nun untersuchen, ob die Auffassung, die Nichtzumutbarkeit unter persönliche Strafausschließungsgründe zu stellen, außerdem nicht auch noch zu praktisch unbrauchbaren Konsequenzen führen würde.

Man hat sich in der Lehre mit Recht fast allgemein auf den Standpunkt gestellt, daß bei den persönlichen Strafausschließungsgründen jeder Irrtum des Täters über das Vorliegen von strafbefreienden Umständen ohne Belang sei.[166]) Wenn nun der Täter im Fall eines sog. Putativnotstandes — also in einem Tatirrtum über die Notlage, während eine solche gar nicht vorhanden war — die Notstandsvoraussetzungen für gegeben ansieht, so müßten wir das Verhalten des Täters als vorsätzliche Verbrechenshandlung bestrafen.[167]) Dieses Ergebnis können wir aber nicht billigen, es wäre ungerecht. Das Reichsgericht hat sich auch mit Recht in Bd. 36/337 auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Umgekehrt meint nun treffend Goldschmidt, müßte im Falle der Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes eine unter den Notstandsvoraussetzungen begangene Handlung selbst dann straflos sein, wenn der Täter gar nicht wußte, daß er sich in einer Notlage befand, da ja dann das objektive Vorhandensein der Notlage strafausschließend wirken würde. Auch in diesem Fall ist für die Beurteilung der Nichtzumutbarkeit das Ergebnis unbefriedigend. Denn wir haben oben festgestellt, daß es bei den persönlichen Strafausschließungsgründen lediglich auf das tatsächliche Vorliegen einer besonderen Eigenschaft ankommt, nicht aber auf die Kenntnis des Täters.

Wollten wir dennoch die Nichtzumutbarkeit als persönlichen Strafausschließungsgrund betrachten, um kein unbilliges Ergebnis zu erhalten, so müßten wir eine Bestimmung in das Gesetz aufnehmen, die die Beachtlichkeit des Tatirrtums regelt.

[166]) Vgl. Köhler, Lehrbuch S. 287.

[167]) Vgl. bes. Goldschmidt S. 8.

Eine solche Bestimmung hat z. B. der amtliche Entwurf von 1925 aufgenommen. Hier heißt es im § 22 Abs. 2: „hat der Täter eine solche Gefahr (d. h. die Notstandsgefahr) irrtümlich angenommen und beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so finden die Vorschriften über fahrlässige Handlungen Anwendung". Eine höchst einfache und befriedigende Lösung gibt allerdings auch der Vorschlag der amtlichen Strafrechtskommission 1934, wenn er die Begriffsbestimmungen von Vorsatz und Fahrlässigkeit in dem Sinn ausgestaltet, daß vorsätzlich „nicht schon derjenige handelt, der die Tat mit Wissen und Willen begeht, sondern nur derjenige, der sich dabei außerdem bewußt ist oder in Kauf nimmt, Unrecht zu tun oder gegen das Gesetz zu verstoßen" und daß zur Fahrlässigkeit die pflichtwidrige Nichterkenntnis des Unrechtscharakters gehört. Denn dann brauchen wir nicht mehr zu unterscheiden zwischen Tatsachenirrtum und Rechtsirrtum, wie auch nicht mehr über Komplexbegriffe und Subsumtionsirrtum oder strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtum. Darnach ließen sich dann alle Irrtumsfälle mit der zum Bestandteil der beiden Schuldformen gemachten Formel über das Bewußtsein oder die Möglichkeit des Bewußtseins, Unrecht zu tun, lösen. Der Vorschlag der amtlichen Kommission lautet deshalb: „nimmt der Täter irrtümlich einen Umstand an, der nach dem Gesetz Straflosigkeit begründet, so begeht er die Tat nicht vorsätzlich". Faßt man also die Nichtzumutbarkeit als einen persönlichen Strafausschließungsgrund auf, so würde sowohl durch den A. E. 1925 wie auch durch den Vorschlag der amtlichen Strafrechtskommission 1934 vermieden werden, daß man den Täter wegen vorsätzlicher Begehung bestrafen müßte.

Wenn wir die Nichtzumutbarkeit als persönlichen Strafausschließungsgrund betrachten, so kommen wir weiter zu einem praktisch unerfreulichen Ergebnis. Da den persönlichen Strafausschließungsgrund nur der Täter, nicht aber der Teilnehmer für sich in Anspruch nehmen kann, so müßten wir prima facie den wegen Beihilfe bestrafen, der einem im Not-

stand Befindlichen beisteht. Daraus ergibt sich für uns das Problem, ob die Teilnahme eines Nothelfers nicht etwa deswegen straflos sei, da dem Nothelfer ja nicht zugemutet werden konnte, den fremden Schaden mitanzusehen und ob wir deshalb nicht aus dem Gedanken der Nichtzumutbarkeit zu einer allgemeinen Zulassung der Nothilfe gelangen könnten, denn sonst wäre ja das Ergebnis höchst unerfreulich, wenn nicht ungerecht. Diesen Zwiespalt wollte auch der A. E. 1925 vermeiden, indem er im § 22 ausdrücklich auch die Nothilfe zuläßt. Dabei wird der Standpunkt vertreten, daß es darauf ankommt, ob dem Nothelfer zugemutet werden konnte mitanzusehen, wie ein anderer Schaden leidet. Auch die amtliche Strafrechtskommission 1934 hat diesen Zwiespalt vermieden, indem sie in den Mittelpunkt der ganzen Notstandsregelung das Prinzip der Güterabwägung stellt und vor allem vorschlägt, daß im Notstande handelt, „wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einen anderen abzuwenden, wenn nicht von ihm oder dem Gefährdeten nach gesunder Volksanschauung erwartet oder gefordert werden muß, den Schaden zu dulden". Soviel ist aber sicher, daß man nach geltendem Recht die Nichtzumutbarkeit auf den Nothelfer nicht ausdehnen kann, da im Gesetz selbst keine Anhaltspunkte zu einer solchen Interpretation vorhanden sind.

Aus all diesen Erwägungen heraus erscheint es also nicht zweckmäßig, die Nichtzumutbarkeit in die Gruppe der persönlichen Strafausschließungsgründe einzureihen.

3. Die Nichtzumutbarkeit als „Schuldausschließungsgrund".

Der Ausgangspunkt für die Betrachtung der Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund ist der Begriff des Verschuldens. Wir haben diesen als Vorwerfbarkeit kennen gelernt. Es ist erfreulich, daß man übereinstimmend an-

nimmt, daß beim Vorhandensein eines Entschuldigungsgrundes oder besser eines Schuldausschließungsgrundes der Schuldvorwurf wegfällt. Nach Heims[168]) Auffassung enthält nun der Schuldvorwurf die Annahme, daß Vorstellungen und Urteile des Täters hätten ausreichen sollen, um wirksame seelische Hemmungen gegen die Begehung der Tat zu erzeugen. Da nun zur Schuld nicht nur eine bestimmte Beschaffenheit der Persönlichkeit des Handelnden, nicht nur eine bestimmte psychologische Beziehung des Täters zur Tat gehört, sondern wie Mezger[169]) richtig betont, auch eine bestimmte Gestaltung der inneren und äußeren Umstände der Handlung, so ist also zur Schuld als besonderem Merkmal das Fehlen von Schuldausschließungsgründen erforderlich. Denn die besonderen Gestaltungen der inneren oder äußeren Umstände der Tat, die die Schuld erfordere, um die Handlung als rechtlich mißbilligten Ausdruck der Persönlichkeit des Handelnden erscheinen zu lassen, könnten als positive Schulderfordernisse erschöpfend nicht aufgezählt werden. Darum würden wir auch von besonderen „Schuldausschließungsgründen“ sprechen. „Fehlt es an diesem Fehlen, d. h. liegt ein Schuldausschließungsgrund im Einzelfall beim Täter vor, so entfällt genau so die Schuld wie dort, wo eine Voraussetzung des Vorsatzes oder Fahrlässigkeit oder der Zurechnungsfähigkeit fehlt.“ (Mezger.)

Es könnten uns nun Zweifel kommen, ob die Nichtzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens, die ja durch äußere Umstände hervorgerufen wird, einen „Schuldausschließungsgrund“ bewirken könne. Da wir aber schon früher gesehen haben, daß die Strafbefreiungsvorschriften des geltenden Rechts (z. B. §§ 52, 54) nicht erschöpfend aufgezählt sind, sondern nur als vom Gesetzgeber aufgeführte Beispiele Geltung haben können und wollen und diese tatsächlich auch auf äußere, objektive Umstände hinweisen, so können wir wirklich

---

[168]) Heim, Zur Lehre des Schuldbegriffs, ZStW Bd. 40/582.

[169]) Mezger, Lehrbuch S. 269.

nur mit Mezger und Köhler solch äußere Tatumstände als Schuldbestimmungsgründe anerkennen. Da wir aber infolge der Vielheit der hierfür in Betracht kommenden Gesichtspunkte die Merkmale, die auf diese Weise die Schuld begründen nicht einzeln aufzählen können, so müssen wir die Schuldausschließungsgründe so fassen, daß wir sagen, daß die Schuld trotz vorhandener Zurechnungsfähigkeit und trotz vorhandenen Vorsatzes oder Fahrlässigkeit infolge besonderer Umstände entfällt. Wir sind uns mit Mezger bewußt, daß dieser Form der Darstellung jede sachliche Bedeutung fehlt. Aber es handelt sich ja auch lediglich um eine aus „Zweckmäßigkeitsgründen gewählte Regel-Ausnahmedarstellung, bei der zwischen Regel und Ausnahme keinerlei Wertunterschied besteht". Wo ein Schuldausschließungsgrund dem Täter zur Seite sei, da handle nun dieser genau so schuldlos wie etwa der geisteskranke Unzurechnungsfähige, oder derjenige, bei dem die Voraussetzung vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns fehlten. Daher bestehe auch keinerlei Unterschied zwischen „Schuldausschließungsgründen" und „Entschuldigungsgründen". Mezger möchte den letzterwähnten Ausdruck überhaupt vermeiden, da beim Vorliegen eines Schuldausschließungsgrundes nicht der „an sich" schuldige Täter bloß „entschuldigt" werde, sondern es sei bei dieser Sachlage von vornherein seine Schuld „ausgeschlossen".

Es ist nun den Schuldausschließungsgründen überhaupt die Daseinsberechtigung abgesprochen worden. Es ist dies vor allem von Hold v. Ferneck[170]) behauptet worden. Darnach sei der Begriff der Entschuldigung ein spezifisch moralischer, dem im Bereich des Rechts kein Platz zustehe. Hold v. Ferneck vertritt nämlich die Auffassung, wenn der Richter einen Täter freispreche, so sage er damit, daß die Lage, in der dieser handelte, eine derartige war, daß der Gesetzgeber nicht gegen die Tat ankämpfen, also auch nicht die Strafnorm erlassen

---

[170]) Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd. 2 S. 121.

konnte. Damit wird aber doch nach Hold v. Ferneck's Auffassung die Rechtswidrigkeit bezeichnet. Er macht nun den Fehler, daß er ganz zu Unrecht die Rechtswidrigkeit mit der Pflichtwidrigkeit gleichsetzt. Hold v. Ferneck geht eben von der falschen Vorstellung aus, daß die Strafnorm schon dann weichen müsse, wenn der Richter in einem gegebenen Fall dem Täter seine Handlung nicht zurechnen könne. Er verwischt aber hier die Grenzen zwischen Schuld und Rechtswidrigkeit.[171])

Goldschmidt löst die hier zu behandelnde Frage ebenfalls unter dem Gesichtspunkt seiner Pflichtnormentheorie. Für ihn finden die Entschuldigungsgründe ihre Begründung in einem übermächtigen Motiv, in einer anormalen Motivierung, in einer Lage, in der dem Täter unter dem übermächtigen Eindruck der äußeren Umstände nicht zugemutet werden kann, sich dem Pflichtmotiv zu fügen. Die Handlung des Täters ist entschuldigt. Zwar verstößt sein äußeres Verhalten gegen die objektive Rechtsnorm, aber die Macht der Pflichtnorm versagt hier, da dem Täter ein Entschuldigungsgrund zur Seite steht.

Wir haben schon an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß Goldschmidts Lehre auf Widerstand gestoßen ist. Man hat vorgebracht, eine auf ein inneres Verhalten gerichtete Pflichtnorm könne neben der auf das äußere Verhalten gerichteten Rechtsnorm überhaupt keine selbständige Bedeutung haben. Wenn nun die Rechtsnorm ein äußeres Verhalten fordere, so müsse sie zugleich auch in dem Täter als Beweggrund wirksam werden, da eine innere Willensbildung nur die notwendige Ursache eines äußeren Verhaltens sein könne. Demnach müßte zum Inhalt der Rechtsnorm auch die Forderung nach einer entsprechenden inneren Willensbildung gehören. Wenn wir aber diese Forderung durch Aufhebung der Pflichtnorm verneinten, so wäre damit zugleich auch die Forde-

---

[171]) Vgl. Henkel, S. 66.

rung, die ein bestimmtes äußeres Verhalten verlange, aufgehoben, in Wahrheit also auch die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen.[172])

Doch so stichhaltig ist dieser Einwand nun nicht. Tatsache ist, daß jedes äußere Verhalten auf eine innere Willensbildung zurückzuführen ist. Gewöhnlich werden aber bei strafbaren Handlungen beide von der Rechtsordnung nicht gebilligt, da man eben die Tat als rechtswidrige und als schuldhafte bezeichnet. Henkel weist nun ganz gut darauf hin, daß es doch auch Fälle gibt, in denen ein äußeres Verhalten des Täters zwar gegen die Rechtsordnung verstößt, ohne daß wir aber die Willensbildung, die zu einem solchen Verhalten geführt hat, tadeln könnten. Wir betrachten dann zwar die Tat als rechtswidrige, können jedoch gegen den Täter keinen Schuldvorwurf erheben. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß die Pflichtnorm deshalb aufgehoben ist, weil vielleicht die Rechtsordnung sie nicht aufrecht erhalten will. Würden wir dies annehmen, dann würden wir allerdings das äußere Verhalten nicht als rechtswidrig bezeichnen können. Die Pflichtnorm kann nur aus dem Grunde keine Anerkennung finden, weil wir dem Täter, der unter dem Druck der Verhältnisse handelte, nicht zumuten können, sich der Pflichtnorm zu fügen. Wenn wir aber die Pflichtnorm nicht aufrecht erhalten können, verneinen wir auch folgerichtig den Schuldvorwurf. Wenn wir von diesem Gesichtspunkt ausgehen, so kann auch der Gesetzgeber den Täter nicht für schuldig erachten, sondern der Umstand, daß der Täter in einer besonderen Notlage handelte, schließt eben von vornherein die Schuld aus.

Wenn wir die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund betrachten, so kommen wir auch zu annehmbaren Ergebnissen. Da infolge des besonderen äußeren Umstandes die Schuld ausgeschlossen ist, so fehlt der Tat auch der Verbrechenscharakter, deshalb bleiben auch die Teilnehmer an der

---

[172]) v. Weber, Notstandsproblem S. 8.

Tat straflos. Irrt außerdem der Täter über das Vorliegen der besonderen äußeren Umstände, so ist dieser Irrtum beachtlich und schließt auf jeden Fall den Vorsatz aus.

Fassen wir die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund auf, so berücksichtigen wir in erster Linie einen besonderen Umstand, der einen Trieb des Täters, wie den Selbsterhaltungstrieb, den Muttertrieb, die Gatten- und Familienliebe, die das Gesetz selbst in den §§ 52, 54 zum Ausdruck bringen will und wollen damit sagen, daß dieser besondere Umstand in so übermächtiger Weise den Trieb des Täters in Wirksamkeit hat treten lassen, daß dem Täter nicht zuzumuten war, ihm entgegen zu handeln, weshalb er auch in dieser besonderen Notlage zum Ungehorsam gegen die Verbote der Rechtsordnung verleitet wurde. Es würde aber eine ganz außergewöhnliche Kraft und Stärke des rechtlichen Willens dazu gehören, um lieber in dieser Notlage unterzugehen, als sich anders zu verhalten. „Eine solche über die gewöhnlichen menschlichen Kräfte hinausgehende Resignation soll das Gesetz in der Regel nicht fordern und eine Verletzung, die zur Abwendung einer Not verübt wird, entschuldigen, den Täter, wenn anders nicht besondere dringende Gründe für das Gegenteil sprechen, nicht dafür verantwortlich machen und aus diesem Grunde die Tat, die ihm allerdings zurechenbar ist, ihm nicht zurechnen und sie deshalb für straflos erklären. Aber die Tat wird dadurch nicht eine rechtliche; sie ist nur dem Täter nachzusehen, obgleich sie Unrecht ist." [173])

---

[173]) v. Wächter, Das königliche Sächsische und Thüringische Strafrecht S. 364.

II. Hauptteil.

Die Grenzen der Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund.

§ 10.

Individueller Zumutbarkeitsmaßstab.

Wir konnten uns bisher in unserer Betrachtung der Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund auf dogmatische Erörterungen beschränken. Um das uns gestellte Problem auch wirklich zu lösen, müssen wir jetzt praktische Gesichtspunkte heranziehen. Wir haben uns also zu fragen, ob ein Strafgesetz, das die Unzumutbarkeit anderen Verhaltens als allgemeinen Schuldausschließungsgrund anerkennt, noch in der Lage ist, seine Rechtsschutzfunktion auszuüben oder ob die Anerkennung dieses Gedankens vielmehr eine „Knochenerweichung des Strafrechts" (Liepmann) bedeutet. Zu diesem Zweck müssen wir die Kriminalpolitik heranziehen und das Für und Wider der Hineintragung außerrechtlicher Schulderwägungen in das Notstandsgebiet prüfen.

Wenn wir die Nichtzumutbarkeit als übergesetzlichen Schuldausschließungsgrund anerkennen wollen, so brauchen wir vor allem den Maßstab des Zumutbaren. Denn haben wir erst den Maßstab des Zumutbaren gefunden, so ergeben sich dann für uns die Grenzen der Nichtzumutbarkeit von selbst. Wir wollen zunächst die Ansicht der bisherigen Lehre erörtern, um dann selbst zu diesem Problem auf Grund früherer Ergebnisse Stellung zu nehmen.

Einen Maßstab für die Zumutbarkeit können wir sowohl bei subjektiver wie auch bei objektiver Fassung finden. Suchen wir einen subjektiven Zumutbarkeitsmaßstab, so müssen wir uns fragen, ob wir dem Täter unter Berücksichtigung seiner

persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften bei der konkreten Sachlage ein rechtmäßiges Verhalten noch zumuten. Dagegen stellt ein objektiver Zumutbarkeitsmaßstab die Frage, ob das Verhalten des Täters dem eines ordentlichen Durchschnittsmenschen unter den gegebenen Umständen entspricht.

Im ersten Fall besteht die Möglichkeit einer weitgehenden Individualisierung. Im letzteren Fall dagegen wird nicht die persönliche Eigenart des Täters berücksichtigt, sondern die objektive Fassung der Zumutbarkeit sucht eine Anpassung an die Umstände der Tat, deshalb wird auch nicht die persönliche Eigenart des Täters zum richtungsgebenden Maßstab genommen, sondern ein abstrakter Typus, eben der Durchschnittsmensch oder besser ausgedrückt der ordentliche Durchschnittsmensch.

Die Entwicklung der Zumutbarkeit läßt es uns nun nahe erscheinen, diesem Begriff einen subjektiven Maßstab zugrunde zu legen, indem wir weitgehendst die persönliche Eigenart des Täters berücksichtigen. Denn was war es letzten Endes anderes, als die engen Grenzen des Notstandes zu durchbrechen, um dadurch eine Individualisierung, ein Anpassen an die Persönlichkeit des Täters zu ermöglichen?

Ein Überblick über die erfreulich zahlreiche Literatur zeigt uns vor allem die häufigen Angriffe, denen Freudenthal – und zwar nicht mit Unrecht — ausgesetzt war, indem er den Zumutbarkeitsmaßstab in einer ethischen Bewertung der Motivation erblickt, die dann ihrerseits an das individuelle Können des einzelnen Täters anknüpft.

Für Freudenthal gibt es keinen generellen Maßstab für die Frage, wann es dem Täter am Können fehle, sondern das sei eine tatsächliche Feststellung im Einzelfall. Die Lehre Freudenthals ist besonders von Liepmann[174]), Großmann[175]) und Schumacher[176]) stark bekämpft worden. Wegner[177]) und

174) Liepmann, ZStW. Bd. 43/710.

175) Großmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit.

176) Schumacher S. 39 ff

177) Wegner, Jur. Rundschau 1925 S. 581.

Kohlrausch[178]) haben nun Liepmann gegenüber festgestellt, daß die Verwendung der Zumutbarkeit nie zu den von Freudenthal erhaltenen Ergebnissen führen könne, solange man der Zumutbarkeit nicht einen falschen Maßstab unterschiebe. Wenn nun diese letzteren zwei Autoren einen generalisierenden Maßstab fordern, so würde es beinahe scheinen, als sei Freudenthal vor den Angriffen gerechtfertigt, wenn er neben den Maßstab des individuellen Könnens auch den des Durchschnittsverhaltens verwendet: „Wenn zur Nichtbegehung der Straftat ein Maß von Widerstandskraft gehört hätte, wie man es normaler Weise niemandem zumuten kann, dann fehlt es mit dem Können am Vorwurf." Nun hat aber Freudenthal z. B. den unterschlagenden Geschäftsreisenden, die falsch beurkundende Hebamme nicht nach dem Durchschnittsreisenden und der gewöhnlichen Hebamme beurteilt, sondern bewußt einen individuellen Maßstab angelegt.

Liepmann sagt, daß man bei keinem der Fälle, die Freudenthal aufführt, behaupten dürfe, es wurde gehandelt, „wie in ihrer Lage jeder gehandelt haben würde". „Denn mancher Staatsbürger würde seine Pflicht erfüllt haben, auch wenn er darunter zu leiden haben sollte und der kategorische Imperativ unserer Strafrechtsnormen ist keineswegs dahin zu erweichen, daß er nur insoweit Gehorsam beansprucht, als der Einzelne nicht Nachteile davon habe!"

Sehr deutlich rückt auch v. Hippel von einem individuellen Maßstab ab.[179]) Er bemerkt, was dem einen im Notstand Befindlichen erlaubt sei, das sei bei dem anderen in gleicher Lage strafbar. Eine derartige Regelung würde der Willkür geradezu Tür und Tor öffnen und würde ein schwerer Verstoß gegen die Forderung von der Gerechtigkeit sein, da Gleiches mit gleichem Maßstab zu messen sei.

Hervorzuheben sind aber vor allem Schuhmachers Ausführungen gegen den Freudenthal'schen individuellen Zumut=

---

[178]) Kohlrausch, Reform 1926 S. 26.

[179]) v. Hippel, ZStW Bd. 47/33 ff.

barkeitsmaßstab. In Schumachers Ausführungen kämpft tatsächlich der junge Gemeinschaftsgedanke gegen die müde Resignation des an der Lehre des liberalen Staates Enttäuschten.[180]) Nach Schumacher ist nun Freudenthals Lehre ein überraschender Sturmlauf des Individualismus auf eine Ordnung, die dem Durchschnittsindividuum in seiner nüchternen Abstraktheit innerlich nichts gibt, vor der es keine Scheu hat und deren Schuldvorwurf es als unberechtigt und ungerecht ablehnt. Der Individualismus, der das Recht, seine Verhaltungsnormen zu regeln, für sich beanspruche, führe zum Zusammenbruch des Staates dann, wenn sich dieser nicht endlich auf seinen eigenen Wert, auf seinen sacro egoismo, besinnen sollte.[181]) Schaffstein[182]) hat dem in vollem Maße zugestimmt. Mit allem Nachdruck hat sich Schumacher aber Freudenthal entgegengesetzt, wenn er meint, daß eine solche Schuldauffassung notwendig zur Kapitulation der Gesellschaft vor dem Überzeugungsverbrecher, dem gefährlichsten Gegner, der durch das Strafrecht geschützten Interessen, führen müsse. Denn nach Freudenthals Auffassung müßte gerade der Überzeugungsverbrecher straffrei ausgehen. Das darf aber in keinem Fall sein, denn nach Schumacher könnte jede starke Veranlagung, deren Betätigung unbedingt zum Konflikt mit dem Gesetz des Landes führe, in dem man lebt, dennoch aus Achtung vor den Gesetzen oder aus Furcht vor ihren Konsequenzen unterdrückt werden. Jeder Trieb, auch der drängendste Trieb, könne durch soziale Überlegung gebändigt sein.

Maurachs Standpunkt geht dahin, daß der kriminalpolitische Fehler in Freudenthals Lehre auch dann offen zutage trete, wenn man der Gemeinschaft denselben nur bescheidenen Wert zuerkenne wie Freudenthal es tue. Richtig ist, daß dem Staat als dem „notwendigen Übel" noch eine solche Machtfülle zuzugestehen sei, daß er befähigt werde,

---

180) Maurach S. 148.
181) Schumacher, S 56 ff.
182) Schaffstein S. 26.

Angriffe, die dem Individualleben hinderlich sind, zurückzuweisen. Auch der „dienende" Staat könne auf die Kompetenz strafrechtlicher Repression nicht verzichten. Die Strafe als rechtlicher Ausgleich — und hier setzt Freudenthals Inkonsequenz ein — setzt aber Rechtsschuld voraus. Die Kompetenz einer solchen Beurteilung versage aber die Freudenthal'sche Lehre dem Staate. Sie setze zwar die zwangsläufige individualethische Betrachtungsweise an der Stelle ein, wo nur die Frage zur Diskussion stehen dürfe, ob aus den Bedingungen normierten Gemeinschaftslebens heraus dem Täter ein rechtlicher Vorwurf gemacht werden könne. Damit triumphiere aber das Individuum über den Staat auch an der Stelle, an der es im eigenen Interesse die Imponderanz des Staatswillens hätte anerkennen müssen. Darnach sind allerdings die kriminalpolitischen Forderungen aus Freudenthals Lehre äußerst bedenklich.

Wir machen kein Hehl daraus, daß auch wir einen individuellen Zumutbarkeitsmaßstab, wie wir ihn in der Lehre Freudenthals begründet finden, unbedingt ablehnen müssen; denn Freudenthals Auffassung läßt sich nur von einem individualistischen Standpunkt aus rechtfertigen. Wenn der Staat nachgibt zugunsten der persönlichen Eigenart des Einzelnen, wenn er die staatlichen Interessen gegenüber dem Einzelmensch zurücksetzt und dem Täter infolge seiner persönlichen Eigenheiten rechtmäßiges Verhalten nicht zumutet, so sind dies in dieser Ausprägung individualistische Gedankengänge, die wir in dieser Fassung und Begründung ablehnen müssen.

§ 11.

Genereller Zumutbarkeitsmaßstab.

Auf der Suche nach einem Zumutbarkeitsmaßstab sind wir bis jetzt zu dem Ergebnis gekommen, daß dieser nie ein individueller sein darf. Denn das Recht als Lebensordnung der Gemeinschaft muß in erster Linie bei der Festlegung

seiner Normen nur die Gemeinschaft und ihre Wertungen, nie aber die individuellen Auffassungen des Einzelnen im Auge haben.

Aus dieser Erkenntnis heraus haben wir nun zu prüfen, ob der Maßstab der Zumutbarkeit ein genereller sein kann. In der Literatur findet man immer wieder, daß ein genereller Zumutbarkeitsmaßstab dann vorliege, wenn sich der Täter angesichts der Gesamtsituation, in welche seine Handlung fällt, in einem solchen seelischen Druck befunden habe, daß ein Funktionieren der durch die Tat verletzten Rechtsnorm bei dem Durchschnittsstaatsbürgertyp erfahrungsgemäß nicht mehr zu erwarten war. [183])

Zwar ist es richtig, wenn der Satz aufgestellt wurde, „wo die sozialen Pflichtvorstellungen ihre Grenzen finden, da hört der Schuldvorwurf auf" [184]), aber es ist doch sehr schwer, den Begriff des Durchschnittsverhaltens klar herauszuarbeiten, ja es gilt zwischen der Scylla der individuellen Ethik Freudenthals und der Charybdis der Zwecke des Gemeinwesens hindurchzusteuern. [185]) Nun sagt man, die Grenze soll sich nun befinden, wo bei einem „Durchschnittsmenschen" in der gegebenen Situation eine normale Motivierung unmöglich ist. Es komme eben auf den „normalen Staatsbürger" oder den „willensstarken Volksgenossen" an, der kein Held aber auch kein Schwächling sei. Dabei dürfen wir aber die Frage der Nichtzumutbarkeit nicht durch eine Beschränkung auf eine Notstandslage im engeren Sinn einengen, sondern in Wahrheit handelt es sich hier um die Daseinsberechtigung des normativen Schuldbegriffs überhaupt.

Mezger betont, es sei nicht glücklich von einem „Durchschnittsmenschen" zu sprechen, denn man denke dabei an den tatsächlichen Durchschnitt, an die empirische Norm, während es sich hier um bestimmte Anforderungen, um einen Idealtyp,

---

[183]) Schaffstein S. 33

[184]) Siegert, S. 50.

[185]) Siegert, S. 51.

um eine schöpferische Norm des „standhaften Menschen" handle, die freilich ihrerseits wieder davon abhängig sei, was der Mensch in schwierigen Situationen tatsächlich und durchschnittlich zu leisten vermöge.[186]) Da wir die Schuld nicht nur nach inneren psychologisch-motivatorischen Beziehungen des Täters zu seiner Tat bestimmen, sondern auch von der Motivierbarkeit des Täters von außenher durch die Rechtsordnung sprechen, so meint Mezger, ergebe sich nun die Frage, ob wir nicht mit einer solchen Beurteilung „von außenher" den Schuldgedanken in seiner Reinheit preisgäben, „den Schuldgedanken, der seinem Wesen nach doch eben auf das individuelle seltene Leben des Einzelnen und nicht auf eine generalisierende Betrachtungsweise abgestellt ist". Wenn man aber umgekehrt diesen Bedenken entsprechen und Schuld und Strafe wirklich nur aus der individuellen Einstellung des Einzelnen heraus bestimmen wollte, so müßten wir uns fragen, ob wir damit nicht umgekehrt unverzichtbare Interessen der Rechtsordnung in unzulässiger Weise preisgeben würden. Diese Polarität, dieses nach mehrfachen Gesichtspunkten Gerichtetsein, sei eben die Grundbedingung des Lebens.[187])

Schaffstein[188]) ist der Ansicht, daß man auch beim generalisierenden Maßstab ohne eine gewisse Individualisierung nicht auskommen könne, „denn sonst würde man aus der Tatsache, daß der Durchschnittsstaatsbürger nicht zu stehlen pflegt, folgern müssen, daß das Unterlassen eines Diebstahls stets zumutbar ist". Richtig ist, daß ein solcher Schluß auch offenbar dem Sinn der generalisierenden Zumutbarkeitslehre nicht entsprechen könne. Er meint, man müsse vielmehr die Individualisierung auf die begleitenden Umstände beschränken, während im Hinblick auf die Persönlichkeit des Täters generalisierend zu verfahren sei. Bei der Abgabe des Zumutbarkeitsurteils sei demnach von der Reaktionsweise einer Durch-

[186]) Mezger, Schuld und Persönlichkeit S. 15.

[187]) Mezger, Schuld und Persönlichkeit S. 22 ff (24).

[188]) Schaffstein, S. 33.

schnittspersönlichkeit unter gleichen individuellen Umständen auszugehen.

Kohlrausch[189]) ist zum generellen Maßstab gekommen, indem er seine Erwägung vom Strafzweck aus nimmt. Nach ihm sei Zweck der Strafe eine Motivierung des Täters in dem Sinn, daß er von einer Wiederholung der Tat abgehalten werde und die ihm zu einer solchen Persönlichkeit umbilden soll, daß er den Anforderungen der Umwelt in demselben Maß wie der Durchschnittsmensch genüge. Infolgedessen habe also die Strafe nur dann Sinn und Zweck und eine Schuld als Voraussetzung der Strafe läge nur dann vor, wenn der menschliche Durchschnittstyp in einer solchen Lage dem Trieb zum Unrecht widerstanden habe.

Auch in Foltin[190]) finden wir einen Vertreter der generalisierenden Betrachtungsweise. Die Strafrechtssätze als Bestimmungsnorm seien auf den Durchschnittsbürger abgestimmt, auf den Menschen, der das normale Maß seelischer Kraft, seelischen Widerstandsvermögens gegen äußere Einflüsse aufweist. Wenn Rittler[191]) betont, daß die Rechtsordnung „nicht Helden und Heiligen, sondern schwachen Menschen" gelte, so liegt eben der Zweck des Strafgesetzes darin, wenigstens grundsätzlich, daß es allen Bürgern zur Richtschnur ihres Handelns diene, „es kann daher nicht Seelenkräfte fordern, die nur ganz vereinzelt zu finden sind". Foltin fragt nun, ob bei dieser generalisierenden Betrachtungsweise Halt gemacht werden könne. Denn müßte nicht gerade bei der Schuld die individualisierende Betrachtung bis in die letzten Fragen vorgetragen werden und müßte nicht dementsprechend abgesehen werden von der Widerstandskraft des fiktiven Durchschnittsbürgers und an seine Stelle der konkrete Täter in seiner Einmaligkeit gesetzt werden, in dem Sinn, daß wir uns fragen müßten, konnte der Täter und gerade er dem Drucke

189) Kohlrausch, Fortschritte und Rückschritte (II JKV 1927) S. 13.
190) Foltin, Der Grundgedanke der Zumutbarkeit. S 45.
191) Rittler, Lehrbuch S. 166.

äußerer Verhältnisse widerstehen, war dementsprechend gerade für ihn der Zwang unwiderstehlich oder nicht. Auch Foltin ist der Auffassung, daß die Rechtsordnung im Interesse ihrer Selbstbehauptung im Bereiche der Schuld einen generellen Maßstab zur Anwendung bringen muß und daß im Interesse der Rechtssicherheit man auf äußerste Individualisierung verzichten müsse.

Wenn wir der Zumutbarkeit einen objektiven Maßstab, nämlich den des Durchschnittsmenschen zugrunde legen, so ziehen wir hier eine Grenze zwischen erlaubt und unerlaubt. Flandrak[192]) ist nun der Auffassung, daß es hier auf die Zumutbarkeit im Einzelfall gar nicht ankomme, sondern daß bei einer objektiven Fassung der Zumutbarkeit nur die Richtlinien für die Grenzziehung unter Berücksichtigung der Gedanken der Zumutbarkeit gefunden würden. Deshalb sei auch hier der Begriff der Zumutbarkeit keineswegs individualistischer Art, sondern er verhält sich, so aufgefaßt, weltanschaulicher Einstellung gegenüber ziemlich neutral und könne in einem individualistischen Strafrecht, wie in einem universalistischen vorkommen. Der Unterschied könnte nur in der Grenzziehung gefunden werden. Die Anforderungen an den Durchschnittsmenschen oder an den ordentlichen Durchschnittsmenschen sind natürlich in einem universalistischen Staate naturgemäß größer als in einem individualistischen.

Bei der Untersuchung des generellen Zumutbarkeitsmaßstabes dürfen wir jedoch nicht übersehen, daß im Einzelfall die Gefahr, auch wenn wir einen generellen Maßstab anlegen, sehr groß ist, daß die Auffassungen der Allgemeinheit, daß das Verhalten eines immerhin nur „ideellen" Durchschnittsmenschen nun doch vielleicht zurücktreten könnte gegenüber der individuellen gegenwärtigen Notlage des Täters. Ja man bringt vor, es handle sich hier doch nur um Ausnahmen von der Regel. Denn die Fälle, in denen wir wegen

---

[192]) Flandrak, Die Auswirkungen einer individualistischen und universalistischen Staatsauffassung auf die Gestaltung des Strafrechts S. 13.

Unzumutbarkeit anderen Verhaltens den Täter freisprechen, seien nicht das Alltägliche, deshalb dürfte es hier auch schwer fallen, ja wenn nicht gar unmöglich sein, eine generalisierende Betrachtungsweise darüber aufzustellen, was der Durchschnittsmensch in solchen Fällen tun würde.

In diesem Sinne hat sich vor allem Schumacher[193]) geäußert, wenn er das Können des Durchschnittsstaatsbürgers als einen vagen Begriff bezeichnet. Ein generelles Können oder Nichtkönnen in außergewöhnlichen Lagen bedeute eine contradictio in adiecto. Denn alle Fälle, die über den Notstand hinausführten, hätten ja als Wesensmerkmal gerade das Außergewöhnliche, Nichtvergleichbare, sie hätten somit etwas Einmaliges. Schumacher spricht weiter von einem „legendären Durchschnittsmenschen". Er meint, gerade in politisch bewegten Zeiten und besonders in politischen Prozessen wäre mit diesen Phänomen einfach nichts anzufangen. Denn was sei der Kampf der politischen Mächte schließlich anderes als letzten Endes eben eine Auseinandersetzung darüber, wer und was als Durchschnittstyp zu gelten habe. Ja, Schumacher scheut sich nicht, den generalisierenden Maßstab nur als einen getarnten individualistischen Maßstab zu betrachten. Denn ob es dem Gattungstyp Mensch zuzumuten war, den im konkreten Fall drohenden Schaden zu dulden, könnte ich schließlich nur nach dem Eindruck feststellen, den dieses Dilemma auf mich oder meine Freunde mache. Je nach meinem mehr oder minder großen ethischen Unbehagen würde ich so oder anders entscheiden. Mit Schumacher stimmt auch Schaffstein überein.[194])

Aber so ganz überzeugend ist der generelle Zumutbarkeitsmaßstab, der zur Grundlage den Durchschnittsmenschen hat, nun doch nicht. Ja wir könnten weiter vorbringen, warum bei der Zumutbarkeit anderen Verhaltens nur die Situation des Täters nur im Augenblick der Tat zu berück-

[193]) Schumacher, S. 131 ff.
[194]) Schaffstein, S. 47

sichtigen sei und warum man bei der heiklen Frage, ob der Täter schuldig ist oder nicht, dem Milieu, der Umgebung des Täters, aus der er stammte, keine Beachtung schenkt. Könnten wir mit dem generellen Zumutbarkeitsmaßstab des Durchschnittsmenschen dem Einwand entgegentreten, daß die Schuld desjenigen geringer sein soll, der das Pech hatte, nur einer bestimmten unglücklichen Verkettung von Umständen zum Opfer gefallen zu sein oder dessen, der in einer Umgebung von Räubern aufgewachsen, nun selbst fremdes Rechtsgut mißachtet. Auf alle Fälle würde eine ungewöhnliche Widerstandskraft dazu gehören und schließlich eine größere als die der Durchschnittsmensch aufzubringen in der Lage ist, im letzteren Fall der Versuchung nicht zu unterliegen.

Gegen eine Verallgemeinerung des Gedankens der Zumutbarkeit wurde auch weiter hingewiesen, daß bei einer derartigen Rechtssprechung die allgemeine Geltung der Rechtsnorm in einer Weise erschüttert würde, daß sie ihre Schutzfunktion nicht mehr ausüben könnten.[195]) Man hat vorgebracht, es könnte noch so sehr betont werden, daß dieser Begriff der Zumutbarkeit objektiv sei, in dem Kampfe um die Entschlußfassung zu einer Straftat in der Seele des Einzelnen sei das Wörtchen Nichtzumutbarkeit der Nichtbegehung der Schlüssel zu der These: „Du kannst alles tun, was nur ein Pharisäer dir zumuten würde, nicht zu tun.“ (Großmann.)[196])

Nach dem eben Ausgeführten können wir den Gegnern der Nichtzumutbarkeitstheorie nicht so ganz Unrecht geben, wenn sie das mutmaßliche Verhalten des Durchschnittsstaatsbürgers als Maßstab für den Grad des Zumutbaren ablehnen. Schaffstein[197]) ist in diesem Fall nicht so ohne weiteres von der Hand zu weisen, wenn er der Meinung ist, daß die psychologische Zwangswirkung der Strafrechtsordnung mehr oder minder verloren gehen müsse, wenn man der Zumutbarkeit

---

[195]) Vgl. Großmann, Grenze S. 9. Schumacher, S. 131 ff.

[196]) Schumacher, S. 132.

[197]) Schaffstein, S. 42.

einen individualisierenden und ethischen Maßstab zugrunde lege. Erhebe man dagegen das Verhalten des Durchschnittsstaatsbürgers zum Maßstab dessen, was dem Täter zugemutet werden solle, so sei damit noch kein fester Anhaltspunkt für das Urteil gewonnen; denn die Frage, ob in einer bestimmten Situation ein Verbot vom Durchschnittsstaatsbürger befolgt zu werden pflege, sei nicht mit aller Eindeutigkeit zu bestimmen.

Es ist in der Tat einleuchtend, daß der „Durchschnittsstaatsbürger“ nicht dasselbe ist wie „normaler Täter“; denn sicher ist, daß der Rahmen des Normalen sich nicht im Durchschnitt bewegt, sondern entweder weit nach oben oder auch nach unten über den angenommenen Durchschnitt hinausragt. Somit folgt ohne weiteres, daß die Zumutung einer eventuellen durchschnittlichen Selbstüberwindung für den normalen Täter, der unter dem Durchschnitt steht, eine ebenso unerfüllbare Forderung bedeutet, wie etwa für den gewöhnlichen Durchschnittsmenschen die Zumutung einer heroischen Selbstüberwindung.[198])

Das hat vor allem Köhler[199]) erkannt. Köhler erscheint im Anschluß an Kohlrausch, der meint, die Feststellung einer Schuld sei nichts anderes als die Konstatierung, daß die Persönlichkeit des Schuldigen in seinem individuellen Wollen-Können hinter den Anforderungen der Umwelt, die einem Generellen, einem Durchschnittskönnen entnommen seien, zurückbleibe und deshalb das Gesollte eben das generell Gekonnte sei, die Gleichstellung des Gesollten mit dem generell Gekonnten und mit der strafrechtlichen Schuld nicht annehmbar. Denn die Anforderungen eines Gesetzgebers an das Sollen können überspannt sein. Köhler meint, das Entscheidende sei nicht, daß der Durchschnitt dem Trieb zum Unrecht widerstanden hätte, sondern es würde genügen, wenn eine (im umgekehrten Verhältnis der Verlockung stehende) relativ

---

[198]) Vgl. Herzbruch, S 29.

[199]) Köhler, Ger Saal Bd. 95/454.

erhebliche Anzahl von Menschen der Verlockung zum Unrecht widerstanden hätte.

Auf jeden Fall kommen wir zu dem Ergebnis, daß ein Durchschnittsmaßstab, der für alle Täter gelten sollte, doch oft im konkreten Einzelfall höchst ungerecht und willkürlich wäre. Wenn wir das Verhalten des Durchschnittsmenschen als Norm dessen, was dem jeweiligen Täter zumutbar ist, ablehnen, so stellen wir damit fest, daß es einen festen Maßstab, der für die Zumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens bei allen Tätern Geltung hätte, eben nicht gibt. Einen Durchschnittsmaßstab könnten wir nur dann anerkennen, wenn wir die Generalisierung des Durchschnittsverhaltens soweit auffassen wollten, daß es dem Grundsatz entsprechen würde, daß das Gesetz tatsächlich nur solche Normen aufstellt, deren Befolgbarkeit es einfach dem Durchschnittsrechtsunterworfenen zumutet.[200]) Wir haben aber gesehen, daß eine solche gesetzliche Zumutbarkeit nicht ausreicht, um in allen Fällen ein gerechtes Urteil zu ermöglichen, so bleibt uns tatsächlich nur mehr die eine Möglichkeit übrig, eben „übergesetzliche" Entschuldigungsgründe aufzufinden in dem Sinne, daß wir den einen und m. E. allein vernünftigen Weg beschreiten, daß es Sache des Gerichtes ist, den Zumutbarkeitsmaßstab für den jeweiligen konkreten Fall nach seinem gerechten Ermessen zu finden, wobei es die besonderen Umstände nach allen Richtungen hin zu würdigen und darüber zu urteilen hat, wo der „Heroismus" sein Ende findet und wo die „Schwäche" beginnt.

§ 12.

Das richterliche Ermessen als Zumutbarkeitsmaßstab.

Wir haben schon früher unserer Meinung in der Weise Ausdruck verliehen, daß wir sagten, für einen Zumutbarkeits-

[200]) Vgl. Schumacher, S 60: „Was man für eine unabdingbare Rechtspflicht hält, hält man auch für zumutbar." Ebenso Finger, Lehrbuch S. 527.

maßstab könne nur das gerechte Ermessen des Gerichts in Betracht kommen. Wir sind bei unserer früheren Betrachtung davon ausgegangen, daß das Gesetz die von ihm aufgestellten strafbefreienden und strafmildernden Tatbestände nicht als ausschließliche Normen hat regeln wollen und können; § 2 n. F. StGB hat uns diese Annahme bestätigt.[201]) Nun muß aber jeder außerhalb des Gesetzes liegende besondere Umstand Berücksichtigung finden, wenn er die Zumutbarkeit entweder ganz oder doch in ungewöhnlichem Maße ausschließt. Man könnte nun annehmen, mit der Feststellung, daß das Gericht die Zumutbarkeitsentscheidung aus seinem eigenen Ermessen heraus finden soll, würde der Zumutbarkeitslehre ein schlechter Dienst erwiesen, ja der Täter wäre eben der jeweiligen Einstellung und der Willkür des Gerichtes ausgeliefert. Dem ist aber nicht so, wenn zwar das Gesetz keinen Einheitsmaßstab für die Zumutbarkeitsentscheidung aufgestellt hat, so sind aber für uns die vom Gesetzgeber niedergelegten Tatbestände von größter Bedeutung, da sie so deutliche Richtlinien enthalten, nach denen das Gericht seine Zumutbarkeitsentscheidung zu fällen hat, daß jener Einwand ganz von selbst entfällt.[202])

Nach § 54 StGB. soll eine strafbare Handlung und somit keine Schuld vorliegen, wenn der Täter in einem unverschuldeten Notstand zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen gehandelt hat. Was will das Gesetz hiermit anderes sagen, als daß es dem Täter nicht zuzumuten ist, einfach anders zu handeln, wenn ein solcher besonderer Umstand an ihn herantritt, der einen Trieb des Täters selbst, nämlich den „Selbsterhaltungstrieb“, den „Muttertrieb“, die „Gatten- oder Familienliebe“ in so unwiderstehlicher Weise auslöst.[203]) In dem Täter werden diese Triebe in so spontaner Weise wirk-

---

[201]) Vgl. § 8 oben.

[202]) Vgl. für das folgende Herzbruch S. 30 ff.

[203]) Vgl. Lobe, Einführung S. 59.

sam, daß ihm ein Zuwiderhandeln gegen diese Triebe eben nicht zugemutet werden kann. Nun fragen wir uns aber, ist uns mit dieser Feststellung soviel gedient, daß wir daraus einen Maßstab für die Begründung der Zumutbarkeit entnehmen können. O ja, denn der Mensch wird in gewissen Situationen von noch anderen Naturtrieben beherrscht, die ebenso mächtig und zwingend sein können, die aber, wollen sie Anspruch erheben für die Zumutbarkeit, berücksichtigt zu werden, nicht minder mächtig sein dürfen, als die Stärke des Selbsterhaltungstriebes in Gefahr für Leib oder Leben, die ebenso unwiderstehlich sein müssen, wie die Stärke des Mitgefühls, der Hilfsbereitschaft oder Nächstenliebe bei Gefahr für Leib oder Leben eines Angehörigen. Wir haben hier also einen dem Gesetz selbst immanenten Zumutbarkeitsmaßstab gefunden.

Das Gesetz spricht weiter von einer gegenwärtigen Gefahr. Diese stellt für den Täter eine Zwangslage dar. Wollen aber noch andere Zwangslagen, z. B. eine drohende Entlassung, Familiensorgen wie im Leinenfängerfall den Anspruch auf Unzumutbarkeit anderen Verhaltens erheben, so müssen sie mindestens denselben Intensitätsgrad erreichen, wie die „gegenwärtige Gefahr".

Das Gesetz setzt in § 54 StGB weiter einen unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstand voraus. Auch aus dieser Formulierung können wir für das Maß des Zumutbaren Schlüsse ziehen. Will nämlich der Täter die Verbotsbefolgung ablehnen, also die Nichtzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens für sich in Anspruch nehmen, so genügt noch nicht, daß er in einer Gefahr handelte, sondern es muß noch ein besonderer Umstand vorliegen, auf Grund dessen er die Gefahr nicht auf sich zu nehmen braucht. Hat der Täter jedoch unter Verletzung einer Pflicht gehandelt, oder hatte er eine Pflicht zur Gefahrtragung, so ist ihm natürlich die Verbotsbefolgung zuzumuten gewesen.

Bei einem Schiffsangehörigen ist z. B. bei Seenot eine

unbedingte Gehorsamspflicht erforderlich. Würde nun ein Schiffsangehöriger bei Seenot das Schiff verlassen, so würde ihn der Hinweis auf seinen Selbsterhaltungstrieb nicht entschuldigen. Denn für ihn bestand eine gesteigerte Zumutbarkeit; die Pflicht standhaft zu bleiben und auszuharren, war ihm zuzumuten. Hatte dagegen der Kapitän seine Pflicht verletzt, indem er z. B. zugunsten geringwertiger Interessen höhere Interessen aufs Spiel setzte, so kann für den Schiffsangehörigen unter Umständen die Zumutbarkeit unbedingter Gehorsamspflicht aufhören.

Aus § 53 Abs. 3 läßt sich entnehmen, daß die Zumutbarkeit ausgeschlossen wird, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken gehandelt hat. Andere Affekte als Schutz- und Abwehrinstinkte können also die Zumutbarkeit nicht ausschließen. Dagegen können die Angriffsinstinkte, „die auf dem Bewußtsein oder dem Gefühl überlegene Kraft oder Gewandtheit beruhen, nicht entschuldigen, weil der Stärkere die Pflicht hat, seine Kraft der Rechtsordnung zuliebe zu beherrschen. Nur dem in die Enge Getriebenen, dem in Gefahr Befindlichen, ist es nicht zu verargen, wenn seine Natur sich gewaltsam Bahn bricht“.[204])

Wir haben schon an früherer Stelle betont, daß wir im Gegensatz zur herrschenden Lehre, die vom Gesetz aufgestellten Strafbefreiungs- und Strafmilderungsgründe nur exemplifizierend betrachten, daß also alle ungewöhnlichen, nicht bloß die vom Gesetzgeber aufgeführten Umstände gegebenenfalls Straflosigkeit bewirken können. Wenn wir dies annehmen, dann können und dürfen wir auch nicht dabei stehen bleiben, daß ein ungewöhnlicher Stand der geistigen oder sittlichen Entwicklung nur dann Berücksichtigung finden darf, wenn dieser auf der Jugendlichkeit des Täters beruhte. Bekanntlich kann der jugendliche Stand der geistigen oder sittlichen Entwicklung des Täters Ursache sein für seine „Unfähigkeit, das

---

204) Vgl. Herzbruch, S. 32.

Unrechtmäßige der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln".[205])

Wir müssen aber diesen ungewöhnlichen Entwicklungsstand, d. h. den vom gewöhnlichen Entwicklungsstand normaler Erwachsener abweichenden, auch dann berücksichtigen, wenn er von anderen Umständen bedingt wurde, wenn also etwa jemand wie Köhler anführt, „vom Schulbesuch ferngehalten wurde, von Jugend auf zum Stehlen angehalten war und in seiner ganzen Umgebung das geschickte Stehlen immer nur als etwas Rühmliches, Ehrenwertes angesehen wurde. (Zigeunerknabe von 14 Jahren)."[206]) Köhler betont ganz richtig, daß die genossene schlechte Erziehung, der schlechte Umgang oder Verführung absolut nicht psychisch reflektiert zu sein braucht; für uns ist lediglich maßgebend, daß eben ein solcher Umstand vorgelegen hat, auf Grund dessen sich der Täter nicht „im Besitz von Hemmungen gegen die rechtswidrige Handlung" befunden hat.

Das geltende Recht[207]) kennt aber auch die Bewußtseinsstörung und die krankhafte Störung der Geistestätigkeit sowie Geistesschwäche des Täters als Ursachen, die die Strafwürdigkeit der verbotswidrigen Willensbestimmung ausschließen.

Fehlt dem Täter gänzlich das Bewußtsein, so liegt auch keine Handlung vor; es schließt dies die Verantwortlichkeit des Täters aus und scheidet somit aus der strafrechtlichen Betrachtung von vornherein aus. Die herrschende Lehre[208]) ist sich einig darüber, daß der Begriff „Bewußtlosigkeit" in

---

[205]) Liegt ein Unkenntnis der Verbotenheit der Tat vor oder eine geistige und sittliche Unentwickeltheit, wie dies das Gesetz bei Kindern unter 14 Jahren im § 2 JGG unterstellt, so entzieht das Gesetz die Tat überhaupt dem Bereich der Strafbarkeit und schließt eine strafgerichtliche Bewertung von vornherein aus. Anders dagegen im § 3 JGG.

[206]) Köhler, Ger. Saal Bd. 95 / S. 466.

[207]) § 51 StGB in der Fassung nach Art. 3 Ziff. 4 d. Ges. v. 24. 11. 33.

[208]) Vgl. dazu Mezger S. 287 ff.; Frank, Komm. § 51 II, 1. v. Liszt-Schmidt, S. 383. Allfeld, S. 154 f. M. E. Mayer S. 209 f. v. Hippel II S. 290 Anm. 2.

einem weiteren Sinn zu verstehen ist und daß damit auch die hochgradige Bewußtseinstrübung zu verstehen ist, also eine strafausschließende Unzurechnungsfähigkeitsursache, die dem Täter das „Ichbewußtsein zum Bewußtsein der Außenwelt“ [209]) so sehr störte, daß man ihm die Einhaltung des Verbotes nicht mehr zumuten konnte.

Nun braucht aber m. E. die abnorme Verfassung, die den Täter in so ungünstiger Weise beeinflußt hat, nicht bloß auf Bewußtseinstrübung in dem eben erwähnten Sinn bestehen, sie kann durch andere Ursachen bewirkt worden sein. Ich möchte hier ein Beispiel Köhlers [210]) anführen. Wenn ein in flagranti über einem schweren Sittlichkeitsverbrechen ertappter Unhold von dem begreiflicherweise sehr empörten Vater des Mädchens eingeholt und so derb angepackt wird, daß sich bereits allerdings objektiv eine leichte Körperverletzung ergeben hat, so ist das zwar rechtswidrig. Nun betont Köhler sehr richtig, daß die Empörung des Vaters keine Unzurechnungsfähigkeit bewirkt zu haben braucht, sondern man wird ihn auch so entschuldigen müssen, d. h. man wird anerkennen müssen, daß eine bereits übernatürliche Gelassenheit dazu gehört haben müßte, „in solchem Falle sich nicht im Geringsten zu vergessen“. Wir entschuldigen dann die momentane Empörung als begleitenden Umstand der Körperverletzung; sie wird wegen ihres Anlasses entschuldigt.

Ebenso ist die krankhafte Störung der Geistestätigkeit sowie die Geistesschwäche als strafausschließende Unzurechnungsfähigkeitsursache aufzufassen. War zwar die Geistesstörung oder die Geisteskrankheit in dem Maße vorhanden, daß sie den Täter hinderte, die Verbotenheit seiner Tat überhaupt zu erkennen, so ist hier keine Handlung vorhanden, denn es fehlt ja an der subjektiven Tatbestandsmäßigkeit; eine strafgerichtliche Bewertung greift hier überhaupt nicht Platz. Jetzt gibt es aber doch auch viele Fälle, in denen nur eine

---

209) Mezger, S. 288.
210) Köhler, Ger. Saal 95/467.

abnorme Verstärkung des verbotswidrigen Wunsches des Täters oder nur eine abnorme Schwächung der inneren Widerstandskraft des Täters vorgelegen hat, auf Grund deren er unfähig war, das Unrechtmäßige der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Wenn nun aber diese abnorme Willensbeeinflussung auf einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit oder auf einer Geistesschwäche beruhte und wenn sie nun so überwältigend war, daß es dem Täter nicht zuzumuten war, sich ihr entgegenzustellen, so ist das ein strafbefreiender ungewöhnlicher Umstand.

Nach unserer Auffassung braucht nun auch hier die abnorme Verfassung, welche den Täter zur verbotswidrigen Willensbildung beeinflußte, nicht auf einer Geisteskrankheit oder Geistesschwäche zu beruhen, um den Täter straflos ausgehen zu lassen, sondern wir wollen Straflosigkeit auch dann annehmen, wenn der Täter vielleicht durch dauernde und immer wieder versuchte und wiederholte Verlockung und Verführung oder Reizung zu der verbotswidrigen Tat veranlaßt wurde. Und wenn wir als Störung der Geistestätigkeit auch eine abnorme Veranlagung ansehen, die auf den Täter so übermächtig einwirkt, daß wir ihm die Unterlassung der Tat nicht mehr zumuten können, so braucht diese abnorme Veranlagung nicht, wie Mezger annimmt, nur auf Krankheit zu beruhen.[211]) Wir wollen uns hier Gerland[212]) anschließen, der die Frage, ob § 51 die Fälle der Unzurechnungsfähigkeit auf Grund ausgeschlossener Entscheidungsfähigkeit erschöpfend aufzählen wollte, verneint. Wenn mithin auch die normale Entscheidungsfähigkeit im Menschen ausgeschaltet ist, ohne daß die Voraussetzungen des § 51 gegeben sind, so müssen wir dennoch Unzurechnungsfähigkeit annehmen, dies besonders dann, wenn die Entscheidungsfähigkeit infolge sozialer, nicht aber krankhafter Entartung ausgeschlossen ist.

---

[211]) RGSt 15/97, Mezger S. 299, v Hippel II S. 295 erklären eine analoge Ausdehnung auf andere Fälle als wie Krankheit für nicht zulässig.

[212]) Gerland, Deutsches Strafrecht, S. 102.

Wir geben zwar zu, daß das Gesetz in den letztgenannten Fällen keine ausdrücklichen Richtlinien für die Zumutbarkeitserwägungen enthält. Wenn wir aber dennoch darauf bestehen, daß ein anormaler Zustand die Strafbarkeit des Täters ausschließen kann, wenn er so übermächtig gewesen ist, daß wir dem Täter unmöglich die Unterlassung der Tat zumuten können, so können wir doch aus den Besonderheiten der Zustände, die nach geltendem Recht die Zurechnung ausschließen können, folgern, wann die anormalen Zustände des Täters stark genug sind, um seine Schuld zu verneinen. Einmal muß die Ungewöhnlichkeit des Entwicklungsstandes die Stärke erreicht haben, wie dies bei Jugendlichen häufig der Fall sein kann. Andererseits kann aber auch die Anormalität der Verfassung nur dann von Erheblichkeit sein, wenn sie einen solchen Intensitätsgrad erreicht hat, wie dies bei einer Bewußtseinstrübung oder geistigen Erkrankung der Fall ist. Endlich muß auch die Abnormität der Veranlagung so beschaffen sein, daß jeder sie als krankhaft bezeichnen würde oder daß sie einer krankhaften Veranlagung gleichkommt. Hier muß eben das gerechte Ermessen des Gerichtes eingreifen und den richtigen Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und dem Interesse des Einzelnen finden können.[213])

Nach diesen Ausführungen gelangen wir zu unserem Ausgangspunkt, daß eben nur das gerechte Ermessen des Gerichtes im jeweiligen konkreten Einzelfall als Zumutbarkeitsmaßstab in Frage kommen kann und daß die Richtlinien für die Zumutbarkeitsentscheidung das Gesetz selbst enthält, ihm also immanent sind. Dabei haben wir, wie wir schon früher einmal gesehen haben[214]), den großen Vorteil, die Brücke von der Zumutbarkeit zur Nichtzumutbarkeit zu schlagen, indem wir einen Täter in dem Fall eines ungewöhnlichen Sachverhaltes, der zwar nicht hinreicht, seine völlige Freisprechung zu begründen, so doch um eine Ungerechtigkeit zu vermeiden,

[213]) Vgl. Herzbruch, S. 26.

[214]) Vgl. § 7 oben.

eine mildere als die gesetzlich angedrohte Mindeststrafe zuerkennen können.

Zum Schlusse dieser Betrachtung haben wir noch zu prüfen, ob das Gesetz Richtlinien enthält, auf Grund deren wir eine Strafe wegen eines besonderen Umstandes, der jedoch das Verhalten des Täters in ungewöhnlich geringem Maße zumutbar erscheinen läßt, mildern können. Dies können wir bejahen.

Im § 248a StGB bestimmt das Gesetz, daß die Not, auch wenn sie zur Entwendung geringwertiger Gegenstände getrieben hat, in der Regel nicht Straflosigkeit ausmacht; die Not soll hier gewöhnlich nicht entschuldigen, sondern nur die Strafe mildern. War jedoch die Not so groß, daß dem Täter ein anderes Verhalten nicht zuzumuten war und ist sie so mächtig, wie eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben, so kann sie natürlich die Schuld überhaupt ausschließen. § 370 Ziff. 5 ist für uns ebenfalls ein Richtungszeiger, der ebenso wie § 248a StGB aufzufassen ist.

Nach unserer Ansicht müssen nun Unzurechnungsfähigkeitsgründe, auch wenn sie zwar nicht ausreichen, den Täter gänzlich von Strafe zu befreien, wenn aber besondere Umstände vorliegen, welche ein ungewöhnliches Maß von Pflichtgefühl und Selbstbeherrschung für den Täter erfordern würden, die Unterschreitung des Mindeststrafmaßes rechtfertigen können, wenn nicht auf volle Freisprechung erkannt werden kann.

Wir dürfen aber nicht glauben, daß die verminderte Zurechnungsfähigkeit immer zur Strafmilderung führen muß. Wir schließen uns Herzbruch an, denn: kannte der Täter seine Veranlagung, auf Grund deren er etwa zur Tat hinneigte oder ist ihm vielleicht bewußt, daß er sich in eine zur Tat verführende Verfassung versetzte, so hatte er unbedingt die Pflicht, seiner Selbstbeobachtung und Selbstbeherrschung erhöhte Willensanstrengung zu widmen. Diese Pflicht muß nun als besonderer Umstand, der die Zumutbarkeit der Verbotsbefolgung bejahen läßt, bei der strafgerichtlichen Bewertung

der Tat dem besonderen Umstand der verminderten Zurechnungsfähigkeit aufhebend gegenübertreten und somit in vielen Fällen, wenn nicht gar in den meisten, die Strafmilderung ausschließen.

§ 13.

Strafzweck und Nichtzumutbarkeit.

Nachdem wir nun für die Zumutbarkeit einen Maßstab gefunden haben und auch die Richtlinien, nach denen die Zumutbarkeitserwägung stattzufinden hat, müssen wir noch prüfen, wie sich die Nichtzumutbarkeit mit dem Strafzweck vereinbaren läßt.

Der Endzweck des Strafrechts ist letzten Endes immer der, daß die Bekämpfung strafwürdiger Handlungen durch gerechte Vergeltung erreicht werde. Da nun die Vergeltung das Wesen der Strafe ausmacht, so ergibt sich daraus für die Schuld des Täters, daß ihre Verhängung ein Unwerturteil über den Täter bedeutet. Eine Strafe können wir aber nur dann verhängen, wenn wir dem Täter einen Vorwurf wegen seines Verhaltens machen können und das Ausmaß der Strafe können wir nur nach der Schwere des Vorwurfs richten. Da die Strafe die Antwort auf ein schuldhaftes sozialschädliches Verhalten des Täters ist, so ist das in ihr zum Ausdruck kommende Unwerturteil sozialethischer Natur. Dagegen ist die Strafe keineswegs Mißbilligung im moralischen oder individualethischen Sinn.[215])

In der Literatur ist vor allem in den letzten Jahren die Zumutbarkeitslehre begründet worden unter dem logischen Hinweis auf die charakterologische Schuldauffassung, deren Vertreter vor allem Kohlrausch[216]), Eb. Schmidt[217]) und

[215]) Flandrak, Die persönlichen Sicherungsmittel im Strafrecht und Strafverfahren S. 11.

[216]) Kohlrausch, Mitt. d. J. K. V., N. F Bd. III, S. 17

[217]) Eb. Schmidt, Mitt. d. J. K. V. N. F. Bd. V S. 164 f.

Mezger[218]) sind.[219]) Nach der charakterologischen Schuldauffassung sei der Sinn jeder strafrechtlichen Schuld, daß die Handlung rechtlich mißbilligter Ausdruck der Persönlichkeit des Täters, also eines sozialgefährlichen Charakters sei. „Die Tat muß der Persönlichkeit ihres Urhebers ‚adäquat' sein." Das Wesen der Schuld ist damit in der Persönlichkeitsadäquanz der Tat und in der sozialen Adäquanz der Persönlichkeit des Täters begründet.[220]) Mezger meint, daß dieses Erfordernis im geltenden Recht erkennbaren Ausdruck in den Schuldformen des Vorsatzes und Fahrlässigkeit gefunden habe. Auch die Schuldausschließungsgründe des geltenden Rechts ergäben mannigfache Gelegenheit, die Bedeutung der charakterologischen Schuldbestandteile zu würdigen. Sie brächten zum Ausdruck, daß dort, wo persönlichkeitsfremde Momente ursächlich für die Tat geworden sind, wo an Stelle der Persönlichkeit das Schwergewicht der äußeren Umstände die Tat hervorgebracht habe, die Schuld entfalle. Wo von außen kommende Motive so stark seien, daß selbst standhafte Menschen ihnen in der Regel nicht zu widerstehen vermögen, da erscheine die Schuld als ausgeschlossen. Wo nicht der Ursachenkomplex der Persönlichkeit, sondern wo anders geartete Umstände den Täter zur Tat getrieben haben, denen gegenüber auch standhaften Menschen ein anderes Verhalten nicht zugemutet werden konnte, da trete nach geltendem Recht die Schuld zurück.

Kohlrausch (und auch Eb. Schmidt) billigt Mezgers Ausführung ausdrücklich. Er meint, nur dann bestehe für die psychologische Einwirkung, die wir heute mit der Strafe bezwecken, ein vernünftiger Anlaß, wenn in der Tat die asoziale oder antisoziale Persönlichkeit des Täters zum Ausdruck komme. Die Schuld sei das in der Tat gezeigte Manko an sozialer Einstellung. Aufgabe der Strafe sei es nun, dieses

---

[218]) Mezger, Lehrbuch S. 276.

[219]) Vgl auch die Lehre der Scuola positiva (Ferri).

[220]) So Mezger, Lehrbuch S. 275.

innere Manko an sozialer Einstellung zu beseitigen. Die Voraussetzung einer Strafe sei aber nur dann gegeben, „wenn die psychologische Lage, in der der Täter gehandelt hat, eine solche war, daß die Gesellschaft von ihrem Glied, in solcher Lage ein Rechtshandeln erwartet hat, erwarten konnte . . . m. a. W., wenn Rechtshandeln zumutbar war".

Nach der charakterologischen Schuldauffassung soll nun nicht die menschliche Schlechtigkeit oder die sündhafte Gesinnung eine gerechte Sühne finden, sondern man will mit ihr der Sozialgefährlichkeit des Rechtsbrechers entgegenwirken. Zweck und Endziel der Rechtsstrafe ist ihre Resozialisierungsfunktion, wobei man die Ausscheidung sozialgefährlicher Elemente einmal durch Erziehung und Besserung, dann aber auch durch Unschädlichmachung erreichen will.

Mit diesen Erwägungen verlegen wir aber die Zumutbarkeitserwägung in das Gebiet der Spezialprävention.

Wenn Hegler[221]) die Grundvoraussetzungen aller Zurechenbarkeit in der Tatherrschaft erblickt und meint, eine Strafe verdiene eine Unrechttat nur, wenn der Handelnde die freie Verfügung über seine Willensbildung hatte, wenn er die Möglichkeit hatte, sich anders zu motivieren und wenn ihm das Andershandeln zumutbar war, so kommt auch er zur Ableitung der Zumutbarkeit aus der Spezialprävention.

Selbst Schaffstein gibt hier uneingeschränkt zu, daß der Schuldausschluß bei fehlender Zumutbarkeit vom symptomatologischen und rein spezialpräventiven Standpunkt aus konsequent und richtig ist.

Nun haben aber die Gegner die Nichtzumutbarkeit als Schuldausschließungsgrund nicht auf sich warten lassen und einfach den Spezialpräventionszweck der Strafe selbst verworfen. So wirft Maurach[222]) die Frage auf, ob die Bestrafung überhaupt einen Zweck hat, wenn sich zwar das

---

221) Hegler, ZStW 36/184 ff.

222) Maurach, S. 153.

rechtliche Unwerturteil auf das Verhalten des Täters im konkreten Fall beschränkt, wenn aber lediglich aus der Handlung unter Berücksichtigung der Motive Schlüsse auf das Unwerturteil über den Täter gezogen werden. Er meint, wenn man allein den strafbedürftigen Täter in den Vordergrund stelle, so könne eine Strafe hier zwecklos erscheinen. „Willkürlich wäre es aber, einen solchen Nebenzweck der Strafe — die völlig unbestimmte, völlig unberechenbare Determinierung des Täters durch eine der spezialprävenierenden Wirkungen — zum entscheidenden Faktor zu erheben."

Es hat den Anschein, als ob Maurach der Spezialprävention deshalb so ablehnend gegenübersteht, weil man hier eine im wesentlichen aus individualistischem Geiste entstandene Einrichtung erblicken könnte. Man könnte diese Spezialprävention ablehnen, wenn man bedenkt, daß die Art und Weise, wie sich die Lehre Franz v. Liszts (des Begründers der Vorherrschaft der Spezialprävention) praktisch ausgewirkt hat, dadurch, daß sie zu einer ständigen Milderung der Strafen führte, aber auch zu Einrichtungen, wie bedingten Strafnachlaß und bedingte Verurteilung, also zugunsten des Täters sich auswirkte.

Flandrak[223]) hat richtig betont, so wenig der Vergeltungsgedanke notwendig mit einer bestimmten Weltanschauung verbunden sei, so wenig stehe er mit einer solchen im Widerspruch.

Betrachten wir jedoch unabhängig von den eben dargelegten Tatsachen das Wesen der Spezialprävention, so muß unbedingt zugegeben werden, daß es sich auch hier um einen universalistischen Gesichtspunkt handelt, „der nur in seinen Auswirkungen nach mancher Richtung zu einem der Betrachtungsweise des Individualismus konformen Ergebnis führt". [224]) Im Grunde genommen will aber die Spezial-

223) Die Auswirkung einer individualistischen und universalistischen Staatsauffassung auf die Gestaltung des Strafrechts.

224) Vgl. Flandrak

prävention nichts anderes als den Gesellschaftsschutz. Das wirkt sich vor allem auch in der Weise aus, daß es Zweck und Aufgabe der Strafe ist, auf den Einzelnen in dem Maße einzuwirken, daß er in Zukunft keine strafbare Handlung mehr begehen und der Gesellschaft nichts mehr anhaben kann. Aus dieser Erwägung ergibt sich aber auch die Notwendigkeit, die Strafe an die Persönlichkeit des Täters anzupassen und zwar deswegen, weil ja die Art und Weise spezialpräventiver Einwirkung nach der Persönlichkeit des Täters verschieden sein muß. So verdienen die unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher, deren abnorme Verfassung die Willensbildung nicht bloß infolge Krankheit, sondern auch infolge anderer Ursachen ungünstig beeinflußte, wenn sie einem unwiderstehlichen inneren Zwange folgend, ihre Taten trotz wiederholt erlittener Bestrafung immer wieder begehen, keine Strafe[225]), jedoch müssen schärfste Sicherungsmaßnahmen ohne Strafcharakter verhängt werden.[226])

Da die Spezialprävention auf die Persönlichkeit des Täters einwirken soll, so müßte demnach diese Einwirkung bei dem unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher in einer dauernden Unschädlichmachung bestehen, bei den besserungsfähigen Zustandsverbrechern müßte eine entsprechende Beeinflussung des Charakters eingreifen und bei den sog. Augenblicks- oder Gelegenheitsverbrechern wäre die Einwirkung in Form einer gelinden Abschreckung am Platz. Es ist doch zuzugeben, daß bei einer solchen Betrachtungsweise und bei ihrer konsequenten Durchführung der Gedanke der Spezialprävention keineswegs zu einer falschen Vorstellung der Strafe oder gar zu einem Abbau des Strafrechts führt.[227])

Aber die Gegner der Zumutbarkeitslehre und der Spezial-

---

225) Vgl Gerland, S. 102. v Lißt-Schmidt S. 225 f. vgl. auch § 12.

226) In diesem Sinn sind vor allem die §§ 42a—n StGB aufzufassen.

227) Allerdings stieß die Lißt'sche Lehre auf den stärksten Widerspruch des Individualismus und des Liberalismus; infolgedessen konnten sich diese Lehren nur schwer durchsetzen.

prävention ließen sich von diesen Gedankengängen nicht überzeugen.[228]) Sie meinen, vom Standpunkt der Generalprävention ließe sich die Zumutbarkeitslehre nur aus dem Grunde mangelnder Rechtsgeltung halten; denn ein Gesetz, das im konkreten Fall seine Anforderungen überspanne, könne keine motivierende Wirkung beanspruchen. Die Gegner[229]) bringen vor, es wäre kriminalpolitisch zweckmäßiger, einen Durchschnittsstaatsbürger auch dann zu bestrafen, wenn die motivierende Wirkung des Gesetzes ihm gegenüber in einem exceptionell gelagerten Fall nicht voll wirksam werden konnte, als durch die Anerkennung eines einzigen Falles des psychischen Unwirksamwerdens des Gesetzes den Damm zu brechen, den das Gesetz gegenüber ungezügelten Wünschen Tausender aufrichtet.[230])

Nicht die besondere Ausnahmelage des Freigesprochenen werde im Gemüt der labilen Rechtsgenossen nachwirken, sondern einzig und allein die verderbliche Erkenntnis, daß die Sätze des Strafrechts doch nicht der rocher de bronce des Staates seien, als der sie früher erschienen. Das ist allerdings m. E. dann der Fall, wenn der Staat lediglich ein „notwendiges Übel" für den Einzelnen bedeutet und wenn der Staat sonst keinen anderen Ideengehalt in sich verkörpert.

Jetzt kann sich zeigen, ob unser Maßstab, das gerechte Ermessen des Gerichtes müsse im jeweils konkreten Einzelfall nach den dem Gesetz immanenten Richtlinien das Durchschnittsverhalten bestimmen, der richtige ist. Wir sind der Ansicht, wenn hinter dem Rechtsgenossen, aber auch hinter dem Richter ein machtvoller Staat steht, der bewußt beide von seiner Existenzberechtigung überzeugen will, so wäre es durchaus übertrieben, wenn man annehmen würde, der Richter und das von ihm gefundene Durchschnittsverhalten trete an die Stelle des Gesetzes. Es kann ferner keine Rede davon

---

[228]) Vgl. vor allem Schaffstein.

[229]) Vgl Maurach S. 151.

[230]) Dazu auch Kitzinger, JW 1933 S. 407.

sein, daß die Zumutbarkeitslehre das richtige Verhältnis umkehre; statt Führer zu sein für ein Durchschnittsverhalten, werde die Rechtsordnung zum Geführten des Durchschnittsverhaltens.[231] Ja im Gegenteil, eine Leugnung des Zumutbarkeitsprinzips würde den Generalpräventionsgedanken überspannen und das Schuldstrafrecht beseitigen. Allerdings kommt man zu diesen Auffassungen, wenn man das „Durchschnittsverhalten" nach dem Gesetz und nur nach diesem ausschließlich bestimmen will.[232] Von diesem Standpunkt aus ist es dann auch nicht so unrecht, wenn das Durchschnittsverhalten an die Stelle des Gesetzes treten könnte und zumutbar sei dann nicht mehr das, was die Mindestverhaltungsnormen des Strafrechts klipp und klar aussprechen, sondern es würde das Verhalten der großen Masse darüber entscheiden, ob Verstöße gegen das Recht überhaupt noch zu ahnden seien oder nicht. Dann wäre allerdings ein neben dem Gesetz stehendes Korrektiv der Zumutbarkeit überflüssig. Das ist aber gerade das Problem, das wir anders entschieden. Wenn sich die Gegenwart bewußt von einer unangebrachten Humanität abwendet und einerseits die Verantwortungsfreudigkeit des Richters, andererseits aber auch die Verantwortlichkeit des Täters neu belebt und auf diese Weise zwar an beide höhere Anforderungen stellt, so wäre es töricht zu sagen, von einer Motivierung, von einer Führung des Volkes könne keine Rede mehr sein. Im Gegenteil, erst dadurch erhält das Gesetz und die Rechtsordnung die Bedeutung, die ihm zu allen Zeiten zusteht, nur um der Gerechtigkeit willen Anspruch auf Anerkennung zu erheben.

Wie dem auch sei, man könnte zweifeln, ob die Generalprävention die Strafauffassung ist, die einzig und allein heute Anspruch auf Gültigkeit erheben kann. Wenn auch Schaffstein allerdings vom Standpunkt objektiver Rechtslückenergänzung meint, daß der Gesetzgeber von 1871 in erster Linie an

---

[231]) Schaffstein, S. 46.
[232]) Wie dies Maurach tut.

Generalprävention gedacht habe und keineswegs vorwiegend an Spezialprävention, so können wir vom Standpunkt der subjektiven Rechtslückenergänzung jedenfalls die Behauptung aufstellen, daß im Zeitalter des progressiven Strafvollzugs, der Geldstrafennovellen, des Jugendgerichtsgesetzes und der bedingten Verurteilung eine sichtbare Verschiebung zugunsten der Spezialprävention erfolgt sei, die eine Neuorientierung auch der Schuldlehre erforderlich gemacht habe.[233]) Auch die höchstrichterliche Rechtssprechung ist der Ansicht, daß der Zweck der Strafe nicht ein einheitlicher ist.

Für das künftige Recht wollen wir hier schon des Zusammenhanges halber feststellen, daß die Beurteilung der Verbrechenspersönlichkeit den Gedanken der Tätervergeltung, den Gedanken der sittlichen Verantwortung des Täters zur Geltung bringen wird.[234]) In der Bestrafung liegt dann die Anerkennung des Verbrechers als eines sittlichen, d. h. als eines für seine Tat verantwortlichen Wesens.[235]) Somit knüpft die Strafe an den verwerflichen Willen des Täters an und sie hat gegen diesen verwerflichen Willen die vom gesunden Volksbewußtsein verlangte ethische Reaktion herzustellen, denn dann ist die Volksseele befriedigt. Wenn aus dem Mißklang ein Einklang zu bilden ist und wenn die Strafe das Brechen des fehlerhaften Willens bedeutet, so ist auch damit der Schutz der Volksgemeinschaft gegen künftige Verbrechen gegeben, m. a. W.: Tilgung der sittlichen Verwerflichkeit und Sicherung gegen soziale Gefährlichkeit.[236])

Es wurde richtig darauf hingewiesen,[237]) daß beim Ausbau des nationalsozialistischen Strafrechts dieser letzte entscheidende Schritt noch nicht überall getan ist. Denn wenn

---

[233]) Vgl. Eb Schmidt, Mitt. d. I. K. V., n. F. Bd. V S. 164.

[234]) Vgl. Dahm, Deutsches Strafrecht S. 87 ff.

[235]) Larenz, Deutsche Rechtserneuerung u. Rechtsphilosophie,.

[236]) Sauer, die Ethisierung des Strafrechts, Deutsches Strafrecht, Bd. I, S. 189.

[237]) Vgl. Sauer S. 189.

wir in Schutz (Sicherung) der Volksgemeinschaft und allenfalls noch in Abschreckung den alleinigen Strafzweck sehen würden, so wäre ein reines Generalpräventionsstrafrecht die Folge. Dies würde aber mit den eigenen Grundsätzen und Ausgangspunkten der nationalsozialistischen Lehre nicht im Einklang stehen. Darnach sollte doch das Strafrecht Willensstrafrecht sein. Auf Grund des letzteren kommen wir aber naturnotwendig zur Sühne, zur Vergeltungsstrafe, während uns der generalpräventive Gesichtspunkt zum Erfolgsstrafrecht führt, das aber abgelehnt wird. Mit Recht betont Sauer, daß eine solche Strafauffassung, die an etwas Äußeres knüpft, selbst äußerlich wäre; sie würde auch entgegen der sonstigen Gepflogenheit des Nationalsozialismus nicht zum Wesen vordringen. Außerdem würde sie auch wenig ihrem eigenen Zweck, dem des Schutzes gegen die Kriminalität genügen; denn tatsächlich kann ein wirksamer Schutz nur dann gewährleistet werden, wenn wir das Übel an der Wurzel, im Willen des Täters, ausrotten.

Sühne im Sinn einer Vergeltung, nicht einer Rache, muß in erster Linie die Individualität des Täters berücksichtigen, wie sie sich gerade in der Tat verkörpert. Wir müssen zuerst die subjektiven Beziehungen untersuchen, die zwischen dem Täter und seiner Tat bestehen und können ihn nur dann bestrafen, wenn wir diese Beziehungen als strafwürdig ansehen.[238]) Wenn wir aber Zweck und Wesen der Strafe in der Vergeltung erblicken, so können wir einen Menschen dann nicht bestrafen, wenn er gehandelt hat, wie er handeln mußte, wenn ihm ein anderes Verhalten nicht zugemutet werden konnte.[239])

---

[238]) Vgl. Hirschberg, Schuldbegriff u. adäquate Kausalität S. 26.
[239]) Birkmeyer, Goltdammers Archiv 48/76.

III. Anhang.

§ 14.

Die Nichtzumutbarkeit im künftigen Strafrecht.

1. Erweiterung des Formalen zum Materialen.

Wir nehmen unseren Ausgangspunkt von der geistesgeschichtlichen Situation unserer Zeit und damit von dem politischen Geschehen der letzten Jahre. Nicht nur der staatliche und soziale Aufbau unseres Volkes wurde völlig neu gestaltet, sondern die nationalsozialistische Revolution hat vor allem die geistigen und kulturellen Grundlagen des deutschen Volkes erschüttert. In gänzlicher Umwandlung begriffen ist unter anderem das Strafrecht.[240])

Wenn wir versuchen, die Bedeutung der Nichtzumutbarkeit im künftigen Strafrecht darzulegen, so wäre es verfehlt, wollte man annehmen, daß man in einer Zeit fruchtbarsten Schaffens das alte Strafgesetzbuch solange unverändert lassen könnte, bis das neue in Kraft treten wird. Es geschah zwar nicht zur Ehrenrettung des alten Strafgesetzbuches, sondern um krasse Widersprüche zu vermeiden, daß das alte Strafgesetzbuch mit Bestimmungen von neuem Rechtsgeist durchsetzt wurde. Darüber hinaus hat gerade die neue Weltanschauung das ganze Strafrecht, vielleicht das wichtigste Gebiet, das dem Staat zur Sicherung des gesamtvölkischen Lebens dient, tiefgreifend verändert, so daß, wenn auch dem Wortlaut nach kein neues Strafgesetzbuch vorhanden ist, das noch geltende Gesetz bereits jetzt nach den neuen weltanschaulichen Grundsätzen auszulegen ist. Damit erklärt sich aber die scheinbare

---

[240]) Vgl. Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft.

Inkonsequenz, wenn wir uns bei unserer früheren Betrachtung in manchen Beziehungen ausschließlich nach dem neuen Rechtsdenken ausrichteten.[241])

Es würde über den Rahmen unserer Arbeit hinausgehen, wollten wir das Wesen des künftigen Strafrechts in seiner ganzen Ausdehnung hier aufrollen. Nur einige Wesensmerkmale, die auch für unser Problem in Betracht kommen, wollen wir hier erörtern.

Es ist vor allem Ziel und Aufgabe des künftigen Strafgesetzbuches, dem Gerechtigkeitsbegriff einen anderen, der neuen Gesinnung entsprechenden Inhalt zu geben, m. a. W. den formellen Rechtsbegriff zu überwinden und zu ersetzen durch die Herrschaft des materiellen Rechtsbegriffs. In einem nationalsozialistischen Strafrecht hat die Auffassung, daß sich das Recht ausschließlich aus dem Gesetz ergebe und zwar deswegen, weil das wirkliche Recht mit dem geschriebenen Recht identisch sei und die Ansicht, daß jeder Rückgriff auf die überpositiven Gesetzesgrundlagen als nicht mit dem Gesetz vereinbar zurückzuweisen sei, keinen Platz, denn die „materielle Gerechtigkeit ist größer, als daß sie sich vollständig in Worte fassen[242]) ließe". Zwar können wir in einem weltanschauungslosen Staat, d. h. in einem Staat, dem es vor allem darauf ankommt, gegen den verschiedenen im Staatsvolk vorhandenen Anschauungen neutral zu erscheinen, formal festlegen, was verboten und was erlaubt ist. In einem Weltanschauungsstaat ist das anders; er sieht hinter und über der formalen Gerechtigkeit die materielle Gerechtigkeit.

Gerade die Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit und die Gewährleistung der Rechtssicherheit verbürgen die Rechtsgleichheit. Denn das grundlegendste Gebot der Gerechtigkeit ist, daß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt wird; gleiche Behandlung ungleicher Fälle wäre demnach ungerecht. Rechtsgleichheit liegt aber dann vor, wenn der

---

[241]) Vgl. §§ 7, 8 oben.

[242]) Freisler, Deutsches Strafrecht 1935 S. 12.

Täter infolge besonderer Umstände auch dann entschuldigt wird, wenn seine Tat nicht durch die Subsumtionsmaschine in einen Gesetzesparagraphen gepreßt zu werden vermag. In einem Weltanschauungsstaat muß nun das Verlangen nach Rechtssicherheit für den Einzelnen zurücktreten hinter dem Verlangen nach materieller Gerechtigkeit. Der Einzelne muß sich im totalen Staat als unentbehrliches dienendes Glied dieses Ganzen wiederfinden. Mit der Überwindung des krassen Individualismus der vergangenen Epoche ist nicht nur die soziale, sondern auch die gesamte seelische und willensmäßige Struktur des deutschen Volkes eine einheitliche geworden. Das führt uns aber wieder dazu, daß der Richter, der sich seiner Aufgabe im Volksganzen bewußt ist, bei der Bewertung der Täterpersönlichkeit, bei der Entscheidung über die Frage der Strafbarkeit oder Nichtstrafbarkeit und bei der Auswertung des Strafmaßes von gleichen Gesichtspunkten, nämlich von denen des Volksganzen und der Volksführung auszugehen hat und zu gleichen Zielen, nämlich denen des Volksganzen und der Volksführung hinstreben muß.[243])

Bei einer solchen Auffassung schwindet aber jeder starre, an strenge Regeln gebundene Positivismus. Der Statik des Positivismus stellt sich heute eine dynamische Betrachtungsweise des Rechts entgegen, die das Recht nicht im Stande der Ruhe, sondern in dem der Bewegung, nicht so sehr als Einmaliges und Gegenwärtiges, wie als ein von der Vergangenheit bis in die Zukunft ständig sich Erneuerndes auffaßt.[244]) Daraus ziehen wir aber auch die Erkenntnis, daß das künftige Strafgesetzbuch uns nicht, wie das im Zeitalter des liberalistischen Positivismus der Fall war, ein erschöpfendes System liefern wird. Wir müssen uns aber auch darüber klar sein, daß vieles von dem, was nationalsozialistische Rechtsauffassung fordert, sich erst im Laufe der Jahre durchsetzen wird, wenn die Volksauffassung des heutigen Volkes noch

---

[243]) Vgl. Freisler, Deutsches Strafrecht 1935 S. 15

[244]) Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft S. 14.

weiter mit dem Volksgeist in höherem Sinne gleichgerichtet ist. „Die tieferen Grundlagen des nationalsozialistischen Strafrechts liegen im nationalsozialistischen Staatsrecht und in den ungeschriebenen Grundsätzen nationalsozialistischen Denkens, Fühlens und Wollens.“[245])

Ist aber das Gesetz einmal wirklich von starren, streng vorgeschriebenen Regeln befreit, so steht auch für unser Problem einer aktiven Hereinnahme sozialer Wertvorstellungen in die Idee eines nationalsozialistischen Strafgesetzbuches nichts im Wege.[246]) Damit fällt aber auch die Unterscheidung oder gar die Gegensätzlichkeit von gesetzlichen und übergesetzlichen Entschuldigungsgründen in Zukunft weg. Daß das materielle Strafrecht nicht eine Aufzählung oder Sammlung von Fällen sein kann und will, in denen dem Staat Strafansprüche gegen den Einzelnen zustehen, ist klar, denn eine solche Auffassung wäre nur denkbar, wenn man den Staat und den Einzelnen nebeneinanderstehend ansieht, nicht dagegen, wenn der Einzelne als organisches Glied des Volkes und der Staat als natürliche Lebensform aufgefaßt wird.[247]) Deshalb ist auch die Rechtsordnung ein und dieselbe, wenn auch zur näheren Umschreibung ein Satz des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts, ein Rechtsgrundsatz oder ein abgeleiteter Rechtssatz herangezogen werden muß.

2. Die Ethisierung des Strafrechts.

Auf die entscheidende Bedeutung, die dem Richter nach nationalsozialistischer Auffassung zukommt, brauchen wir hier nicht mehr einzugehen, wir haben dies an früherer Stelle eingehend berücksichtigt. Wir haben ja gesehen, daß nur das gerechte Ermessen des Gerichtes den alleinigen Maßstab für die Zu-

---

[245]) Siegert, Grundzüge des Strafrechts im neuen Staat S. 1 32

[246]) Erik Wolf, Krisis.

[247]) Freisler, Grundzüge des kommenden Strafrechts anf dem 11. Internationalen Kongreß für Strafrecht und Gefängniswesens.

mutbarkeitserwägung bilden kann. Daß der Richter bei seiner Urteilsfindung auch im künftigen Strafgesetzbuch nicht im Uferlosen sich zu bewegen braucht, zeigt der Vorschlag der neuen Notstandsbestimmung der amtlichen Strafrechtskommission: „Im Notstand handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn nicht von ihm oder dem Gefährdeten nach gesunder Volksanschauung erwartet oder gefordert werden muß, den Schaden zu dulden."[249]) Wenn zwar die amtliche Strafrechtskommission „von dem individualistischen Begriff der Zumutbarkeit angesichts des verwildernden Einflusses, den dieser Begriff auf die Schuldlehre ausgeübt hat", deutlich abrückt, so steht doch in ihrem Vorschlag sachlich nichts anderes als eine Umschreibung des Zumutbarkeitsbegriffes. Ja, wir wollen darüber hinaus feststellen, wenn die Kommission es darauf abstellt, „ob von dem im Notstand Befindlichen nach gesunder Volksanschauung die Duldung erwartet oder gefordert werden muß", so stellt es eben erheblich größere Anforderungen an den Rechtsunterworfenen und es ist das Hauptziel des künftigen Strafrechts, die Volksgemeinschaft auf eine höhere, ethisch-kulturelle Stufe zu erheben.

Die deutsche Strafrechtserneuerung stellt es vor allem auf zwei Momente ab: auf größere Lebensnähe und auf innere Erstarkung des staatlichen Strafrechts.[249]) Das heißt nichts anderes, als daß einmal die Gesetze und die Rechtspflege den Anforderungen des Lebens stärker und bewußter Rechnung tragen sollten als bisher und daß sie zweitens den Volksüberzeugungen entsprechen und dem gesunden und unverbildeten Urteil des einfachen Mannes verständlich sein sollten. Dann ist es aber auch Aufgabe des künftigen Straf-

[248]) Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil S. 63 f.

[249]) Vgl. für das folgende Sauer, Die Ethisierung des Strafrechts Deutsches Strafrecht, 1934 S. 177 ff.

rechts, die Volksüberzeugung allmählich weiter zu bilden. Die Strafgewalt soll nicht nur erstarken, sondern weit mehr, sie soll verinnerlicht und vertieft werden. Denn nur wenn der Macht ein entsprechender Wert innewohnt, hat sie letztlich Berechtigung und vermag sich auf die Dauer zu halten. Die Verinnerlichung und Vertiefung der gesteigerten Strafgewalt beruht eben in dem Zurückgehen auf die Volksmoral, auf die in der Volksseele schlummernden sittlichen und kulturellen Werte. Allerdings wollen wir hier feststellen, daß auch im neuen Staat Strafrecht und Moral nicht zusammenfallen und eine Einheit bilden können. „Denn das Strafrecht wird nie die gesamte Moral und wird sie nie in ihren feinsten Regungen zu erfassen vermögen, vielmehr wird der Moral ein jedes Recht vielfach als rein äußerlich und ihr daher fremdartig erscheinen. Aber eine gegenseitige Fühlungnahme muß angestrebt werden; und vor allem ist ein Widerspruch aufs Peinlichste zu vermeiden. Strafurteile, die sich zur gesunden Volksmoral in Gegensatz befinden, werden nie im Volk Verständnis finden; alsdann ruht die staatliche Macht, die Autorität eben nicht auf volklichen Werten.“ [250])

Ebenso wie der Einzelmensch nicht isoliert seine eigenen Ziele verfolgen soll, sondern sich vereint und geeint in die höhere Einheit der Volksgemeinschaft einzuordnen hat, so muß auch das Strafrecht harmonisch und geschlossen in den großen Kreis der von der Volksgemeinschaft getragenen sittlich-kulturellen Werte, in die nationale Kultur eines Volkes eingegliedert werden. Eine solche Auffassung wird aber dann das äußerlich formale Gesetz mit lebensvollem Inhalt erfüllen, die Macht wird zum wahren Wert erhoben und eine Annäherung des Rechts an das Volksbewußtsein und umgekehrt des Volks an das Rechtsgefühl wird die Folge sein.

Diese Betrachtung, angewandt auf unser Problem, ergibt eindeutig, daß der Richter sich bei der Auslegung der

---

[250]) Vgl. Sauer S. 179.

Gesetze und bei der Begründung seiner Entscheidungen nicht in Formalismus und Spitzfindigkeiten verlieren darf, daß die Rechtsidee, der Grundgedanke aller Rechtssätze, das juristische Grundgesetz allen Gesetzen und allen Einzelentscheidungen zugrunde gelegt werden muß. Der Richter muß bei der Anwendung des Gesetzes eine solche Entscheidung fällen, die nicht nur logisch einwandfrei dem Gesetze genügt, sondern vor allem von der Rechtsidee als dem „Ethos der Gesetze" selbst getragen wird.[251]) Seien wir uns immer bewußt, daß jedes Gesetz nicht nur das (logische) Richtige, sondern vor allem das (ethische) Gerechte will. Dann aber wird auch der Richter den, der unter dem übermächtigen Druck der besonderen Verhältnisse gehandelt hat, nicht ohne weiteres für schuldig erklären können, m. a. W. es wird die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner Schuldausschließungsgrund volle Anerkennung finden und der Zumutbarkeitsbegriff wird ein notwendiges und geradezu unentbehrliches Element bei der strafgerichtlichen Bewertung der Schuld sein.

---

[51]) Vgl. Sauer S. 182

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig und Erlangen 1922.

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. Berlin 1925.

Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts. Berlin 1926.

Baumgarten, Aufbau der Verbrechenslehre. Tübingen 1913.

— Notstand und Notwehr. Tübingen 1911.

— In J. W. 1913, S. 1329.

v. Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. Tübingen 1930.

— Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

— Unschuld, Schuld und Schuldstufen. Leipzig 1910.

Berg, Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht. Breslau 1927.

Bergenroth, Der übergesetzliche Putativnotstand. Breslau 1933.

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Leipzig 1913.

— Die Normen, Bd. IV. Leipzig 1919.

Birkmeyer, Goldthammers-Archiv Bd. 48/76.

Dahm, Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht, in Deutsches Strafrecht 1934, Heft 4.

— Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht Hamburg 1931.

Dahm-Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht? Hamburg 1933.

Denkschrift des Preußischen Justizministers zur Strafrechtsreform. Berlin 1933.

v. Dohna, Recht und Irrtum. Mannheim 1925.

— Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Halle 1905.

— Die Elemente des Schuldbegriffs in Ger. Saal Bd. 65/304.

— Literaturbericht zu v. Hippel, Deutsches Strafrecht in ZStW. Bd. 51/616.

— Literaturbericht zu Mezger, Strafrecht.

Drost, Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten in Goldthammers-Archiv Bd. 77 Heft 3.

Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930.

Exner, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte 1931.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd. I. Berlin 1904.
— Literaturbericht zu Marcetus, Der Gedanke der Zumutbarkeit in Ger. Saal Bd. 98/454.
— In Goldthammers-Archiv Bd. 50 S. 39.
Flandrak, Die Auswirkungen einer individualistischen und universalistischen Strafrechtsauffassung auf die Gestaltung des Strafrechts. Wien 1934.
— Die persönlichen Sicherungsmittel im Strafrecht und Strafverfahren. Wien 1932.
Foltin, Der Gedanke der Zumutbarkeit im tschechoslowakischen und österreichischen Strafrecht. Prag 1934.
v. Frank, über den Aufbau des Schuldbegriffs. Gießen 1907.
— Kommentar des Strafgesetzbuches, 17. Aufl. Tübingen 1926.
Freisler, Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts. Berlin 1934.
— In Deutsche Justiz 1934 S. 474.
— In Deutsches Strafrecht 1935, Heft 1—2, Heft 8—9.
Freudenthal, Schuld und Vorwurf. Tübingen 1922.
v. Gemmingen, Strafrecht im Geiste Adolf Hitlers. Heidelberg 1933.
Gerland, Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl. 1932.
Goldschmidt, Der Notstand, ein Schuldproblem. Wien 1913.
— Normativer Schuldbegriff, in Frank-Festgabe I, 1930.
Großmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Hamburg 1924.
Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. Tübingen 1926.
— Die Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, in ZStW. Bd. 51/455 ff.
— Literaturbericht zu Graf zu Dohna, in ZStW. Bd. 47/502.
Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil. Berlin 1934.
Hegler, Merkmale des Verbrechens, in ZStW. Bd. 36/184 ff.
Heim, Zur Lehre vom Schuldbegriff, in ZStW. Bd. 40/580 ff.
Heimberger, Ausschluß der Rechtswidrigkeit, in Strafrechtsreform S. 82.
Henkel, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht. München 1932.
— Die Rechtsnatur des Notstandes. Frankfurter-Dissertation 1927.
— Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Hamburg 1934.
Herzbruch, Die Zumutbarkeit der Verbotsbefolgung als Bedingung der Strafbarkeit. Breslau 1934.
v. Hippel, Deutsches Strafrecht Bd. II. Berlin 1930.
— Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf von 1925, in ZStW. Bd. 47/33 ff.
Hirschberg, Schuldbegriff und adäquate Kausalität. Breslau 1928.
Hoffmann, Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestandes im Strafrecht. Breslau 1930.
Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I—II. Jena 1905.
Jobst, Der Streit um die Zumutbarkeit im Strafrecht. München 1935.

Kitzinger, Übergesetzlicher Notstand und kein Ende, in Jur. Wochenschrift 1933 S. 405 ff.
Köhler, Deutsches Strafrecht. Leipzig 1917.
— Der Notstand im künftigen Strafrecht. Erlangen 1926.
— Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, in Ger. Saal Bd. 95/433 ff.
Kohlrausch, Sollen und Können als Grundlage strafrechtlicher Zurechnung. Festgabe für Güterbock. 1910.
— Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge Bd. III S. 17.
Kriegsmann, Literaturbericht zu Frank, über den Aufbau des Schuldbegriffs, in ZStW. Bd. 28/713.
— Literaturbericht zu Goldschmidt, der Notstand, ein Schuldproblem, in ZStW. Bd. 35/316 ff.
Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie. Tübingen 1934.
Leipziger Kommentar, Ebermayer, Lobe, Rosenberg zu § 120.
Liepmann, Literaturbericht zu Freudenthal, Schuld und Vorwurf, in ZStW. Bd. 43/710.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl. Bd. / 1932.
Lobe, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches 1933.
Marcetus, Der Gedanke der Zumutbarkeit im Strafrecht. Breslau 1928.
Maurach, Kritik der Notstandslehre. Berlin 1935.
— Volksethik und Strafrecht. Berlin 1934.
M. E. Mayer, Allgemeiner Teil des Strafrechts. 2. Aufl. Heidelberg 1923.
Mezger, Strafrecht. München 1933.
— Die subjektiven Unrechtselemente, in Ger. Saal 89/311 ff.
— Schuld und Persönlichkeit. Marburg 1932.
Mittermaier, Zur strafrechtlichen Unzumutbarkeitslehre, in Die Justiz 1933 S. 289 ff.
Nitsche, Der strafrechtliche Notstand nach Grund und Ausdehnung mit Berücksichtigung der modernen Entwürfe 1901.
Olshausen, Kommentar, 2 zu § 120.
Oetker, Notwehr und Notstand in Frank-Festgabe Bd. I S. 359 ff.
Radbruch, Über den Schuldbegriff, in ZStW. Bd. 24/333 ff.
Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts I. Bd.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts. Berlin 1921.
— Die Ethisierung des Strafrechts, Deutsches Strafrecht 1934.
Schaffstein, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund. Leipzig 1933.
— Politische Strafrechtswissenschaft. Hamburg 1934.
Eb. Schmidt, Der übergesetzliche Notstand, Mitt. der IKVNF. V. Bd. S. 131.
— Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand, in ZStW. Bd. 49/350 ff.
Schumacher, Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Berlin 1927.

Siegert, Notstand und Putativnotstand. Tübingen 1931.
— Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. Tübingen 1934.
— Nulla poena sine lege, in Deutsches Strafrecht, Heft 12 1934.
Wachinger, Der übergesetzliche Notstand nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Frank-Festgabe I, 1930.
v. Wächter, Das königliche Sächsische und Thüringische Strafrecht 1857.
v. Weber, Das Notstandsproblem und seine Lösung in den Entwürfen. Leipzig 1925.
Wegner, Zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, 1925 in Jur. Rundschau 1925 S. 578 ff.
E. Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre I. Berlin 1928.
— Krisis und Neubau der Strafrechtsreform 1933.
— Jur. Wochenschrift 1931 S. 921.